

Universidades Lusíada

Martins, João Zenha, 1976-

**Das relações entre organizações de tendência e
liberdade de trabalho no ordenamento jurídico
português**

<http://hdl.handle.net/11067/7849>

<https://doi.org/10.34628/3YS6-TK20>

Metadados

Data de Publicação	2025
Editor	Universidade Lusíada Editora
Palavras Chave	Direito de trabalho - Portugal, Direitos dos trabalhadores - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Minerva, v. 14, n. 07 (2025)

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-30T01:43:48Z com
informação proveniente do Repositório

DAS RELAÇÕES ENTRE ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA E LIBERDADE DE TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

João Zenha Martins

Professor Associado da Nova School of Law

Coordinator Master's in Law-Specialized in Social Law and Innovation

Investigador Colaborador do CEJEIA

DOI: <https://doi.org/10.34628/3YS6-TK20>



Professor Doutor João Zenha Martins

Sumário: I. Enquadramento; II. Delimitação concetual; III. A relevância das tarefas de tendência; IV. A elasticidade do dever de lealdade; V. A liberdade de trabalho e o pluriemprego; VI. A insusceptibilidade de proibições unilaterais; VII. A boa fé e o princípio da proporcionalidade; VIII. O reconhecimento e o alcance da proibição de exercício de outras atividades profissionais pelos trabalhadores de tendência.

I. Enquadramento

1. Falar de organizações de tendência e liberdade de trabalho implica que, como *prius*, se delimite a realidade pressuponente para que, no plano concetual, se possa abordar, com critério, as limitações laborais associáveis ao significado destas estruturas organizativas.

Trata-se, no fundo, de procurar saber quais características que um determinado ente deve ter para que se justifique a sua caracterização como uma organização de tendência, recortando-se, a partir daí, os limites que efetivamente podem estabelecidos aos direitos (fundamentais) dos seus trabalhadores e as incidências que essa caracterização produz na dinâmica das relações laborais. Tanto na fase de admissão, quanto no decurso e/ou na cessação dos vínculos.

2. O ordenamento jurídico-laboral português é aparentemente indiferente às organizações de tendência. Mas a pluralidade do conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições de liberdade e realização pessoal implica inelutavelmente o seu reconhecimento.

Se o pluralismo em que se funda a sociedade pós-moderna — seja ele social, cultural, político, religioso — traz consigo uma modernidade reflexiva que, por um lado, implica um confronto da sociedade com pro-

blemas, ameaças e riscos que ela mesma origina³⁹ e, por outro, assoma o Direito do trabalho com dilemas até então desconhecidos, é fundamental que, numa hipermodernidade ainda em busca de rumos (qual “modernidade tardia”⁴⁰ ou “segunda modernidade”⁴¹) se identifique o Estado de Direito como a existência de uma sociedade plural, onde a liberdade de determinadas concepções ideológicas, filosóficas, religiosas ou outras deve ser protegida. Esta liberdade, que é multifária, não existe se a sua defesa e autonomia não forem devidamente garantidas⁴².

3. Se, muito força da centralidade do risco enquanto elemento da sociedade (pós)moderna (modernidade caracterizável pela separação do tempo e do espaço e pelo crescimento de mecanismos de descontextualização, em que se desenvolvem ambientes de risco institucionalizado⁴³) tem conhecido novos contornos o debate doutrinário e jurisprudencial sobre os limites do poder de fiscalização do empregador ou sobre as condicionantes ao poder de direção impostas pela dignidade do trabalhador, é necessário ter presente o especial relevo que esse debate ganha no âmbito das organizações de tendência.

É-o, sobretudo no que se refere à delimitação das condutas extra laborais que se projetam na atividade desenvolvida pela organização ou, bem vistas as coisas, no que respeita a quaisquer comportamentos que, por ação ou omissão, e independentemente do seu *locus*, se mostrem

39 ULRICH BECK, *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 2008, 72.

40 Cf. ANTHONY GIDDENS, *As Consequências da Modernidade* (trad. Fernando Luís Machado/Maria Manuela Rocha), 4ª ed., Celta Editora, Oeiras, 1.

41 Ainda ULRICH BECK, *World Risk Society* (2008), cit., 2.

42 Já o salientava OTTO KANHN-FREUND com a sua *pluralistic frame of reference*, procurando superar os *modelos explicativos de tipo monístico*: a análise do Autor, destinada à desmistificação do *pattern* unitário do direito da empresa (encabeçado por BULLOCK), fundava-se, no essencial, numa concepção pluralística da realidade social e na decorrente explicação de diferentes níveis de competição entre outros tantos grupos sociais, munidos de poderes normativos autónomos do Estado, cuja atuação conflitual é valorada como um *prius*. Neste quadro, OTTO KANHN-FREUND atribui um significado conflitual à sua concepção de pluralismo e reserva ao Estado uma função de reequilíbrio (diversificado) entre os sujeitos, função essa que tem que atender aos múltiplos condicionalismos do processo produtivo, à organização do poder empresarial e ao funcionamento do mercado de trabalho. Cfr. MARIO GRANDI, “Otto Kahn Freund: un «pluralista» atípico?” in VVA: *Il Pluralismo e il Diritto del Lavoro. Studi su Otto Otto Kahn Freund* (a cura di Gian Guido Balandi e Silvana Sciarra), Edizioni Lavoro, Roma, 1982, pp. 105-137.

43 Ainda: ANTHONY GIDDENS, *As Consequências da Modernidade* (2005), 87-8.

suscetíveis de afetar a imagem externa da organização de tendência.

Embora, em razão da associação entre hipermodernidade e hiperpluralidade, o desenvolvimento analítico sobre as organizações de tendência conheça hoje o seu fastígio, não estamos, em rigor, perante um fenómeno novo, ao qual o sistema jurídico não haja *suo tempore* atribuído relevo. Tudo começou na República Federal da Alemanha, com a *Betriebsrätegesetz*, em 1920, a fazer referência expressa à categoria da *Tendenzbetrieb*, com o propósito de tutelar os seus interesses, em atenção sobretudo à garantia da liberdade de empresa⁴⁴; em 1952, se a *Betriebsverfassungsgesetz* tratou estas organizações como aquelas que desenvolvem direta e preponderantemente “atividades políticas, sindicais, confessionais, beneficentes, educativas, científicas e artísticas” ou predestinadas à “comunicação e à manifestação do pensamento” (§118) e procurou facilitar a cessação contratual por parte dos trabalhadores que perderam alinhamento com a tendência da instituição, foi após a Segunda Guerra Mundial que as instituições que prosseguiram fins políticos e religiosos foram formalmente incluídas na regulamentação alemã como organizações de tendência, a par de entidades com fins sindicais ou artísticos e, menos expressivamente, em associação às organizações com fins beneficentes e científicos⁴⁵.

44 O § 67 da *Betriebsrätegesetz*, de 04.02.1920, excluía estas organizações do direito de intervenção do conselho de empresa na contratação e no despedimento de trabalhadores, do direito à participação laboral e do direito a conhecer e a pronunciar-se sobre o balanço social.

45 É histórica a decisão do *Bundesverfassungsgericht* que, em 04.06.1985, incidiu sobre a licitude dos despedimentos de trabalhadores de igrejas na sequência da violação do seu dever de lealdade (n BvR 1703/83, 1718/83 e 856/84). Os recursos constitucionais incidiram, por um lado, sobre o despedimento de um médico que exercia a sua atividade num hospital católico devido à sua posição sobre o aborto e, por outro, sobre o despedimento de um trabalhador comercial de um lar de jovens gerido por uma ordem monástica católica devido ao seu afastamento da Igreja Católica. Depois de os tribunais do trabalho terem decidido a favor dos dois trabalhadores despedidos, as igrejas recorreram para o *Bundesverfassungsgericht*, que deu provimento aos recursos. Na apreciação do *Bundesverfassungsgericht*, o direito das sociedades religiosas a regularem os seus assuntos de forma autónoma dentro dos limites da lei aplicável a todos, consagrado no § 137. da Constituição de Weimar, aplica-se não só às Igrejas, mas também, independentemente da sua forma jurídica, a qualquer instituição a elas associada e chamada a participar na sua missão. Faz parte desta garantia constitucional o direito das Igrejas de escolherem as pessoas necessárias ao cumprimento da sua missão e, por conseguinte, de com elas celebrarem contratos de trabalho. Quando as igrejas optam por exercer a sua liberdade contratual como qualquer outra pessoa, aplica-se o Direito do trabalho. No entanto, a aplicabilidade do Direito do trabalho

Encontrando-se excluídas desta categorização, por razões historicamente apreensíveis, as organizações militares, é igualmente importante relevar a forma como as organizações de tendência são tratadas em Itália.

Aí, a Lei 108/90 prevê que o dever de reintegração não se aplica aos *datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto*, falhando, portanto, a proteção atribuída pelo artigo 18.º do *Statuto dei Lavoratori*⁴⁶, a um trabalhador ilicitamente despedido, seja qual for o número de trabalhadores em causa.

não pode ter como efeito retirar as relações de trabalho da esfera dos assuntos próprios da Igreja. A garantia constitucional de autonomia (*Selbstbestimmungsrecht*) das Igrejas influencia o conteúdo dos contratos de trabalho. Assim, com vista à salvaguarda da sua própria credibilidade, uma igreja pode basear os seus contratos de trabalho no modelo de uma comunidade cristã de serviço, exigindo que os seus trabalhadores respeitem os princípios essenciais dos seus ensinamentos dogmáticos e morais e as obrigações fundamentais aplicáveis a todos os membros da igreja. Isto não significa, contudo, que o estatuto jurídico de um trabalhador da igreja seja “clericalizado”. O que está em causa é a natureza e o alcance dos deveres de lealdade postulados pelos contratos de trabalho. A garantia constitucional do direito das Igrejas a regular e administrarem autonomamente os seus assuntos deve ser tida em conta pelo Direito constitucional e o seu alcance deve ser clarificado quando se trata de aplicar as disposições relativas à proteção contra o despedimento aos despedimentos por violação de deveres de lealdade. Uma aplicação do direito do trabalho que não tivesse em conta as obrigações dos empregados das igrejas de respeitar os princípios fundamentais da vida cristã que as igrejas têm o direito de impor violaria o direito constitucional de autonomia das igrejas. Daqui resulta que, se a garantia constitucional do direito das Igrejas a regular e administrarem autonomamente os seus assuntos lhes permite basear os seus contratos de trabalho no modelo de uma comunidade cristã de serviço e estipular obrigações eclesiais fundamentais, esta garantia deve ser tida em conta pelo direito constitucional e o seu alcance deve ser clarificado quando se trata de aplicar as disposições relativas à proteção contra o despedimento aos despedimentos por violação de obrigações de lealdade. Uma aplicação do direito do trabalho que não tivesse em conta as obrigações dos empregados das igrejas de respeitar os princípios fundamentais da vida cristã que as igrejas têm o direito de impor violaria o direito constitucional de autonomia das igrejas. Por conseguinte, em caso de litígio, os tribunais do trabalho devem aplicar os critérios estabelecidos pelas igrejas para avaliar o dever de lealdade contratual, na medida em que a Constituição reconhece o direito das igrejas a decidir autonomamente. Por conseguinte, em princípio, cabe às igrejas constituídas (*verfasste Kirchen*) determinar o que é necessário para “a credibilidade da Igreja e a sua proclamação”, quais são as “tarefas eclesiais específicas”, o que se entende por “proximidade” à Igreja, quais são “os princípios fundamentais das prescrições religiosas e morais” e o que deve ser considerado como um “dever de lealdade”. Se o tribunal concluir que houve uma violação destes deveres de lealdade, deve analisar se esta violação justifica objetivamente o despedimento nos termos do artigo 1.º da lei sobre a proteção contra o despedimento e do § 626 do Código Civil.

46 Com a redação que lhe foi dada pela Lei 92/2012, relativa à reforma do mercado de trabalho, a conhecida reforma Fornero.

Se o objetivo é evitar que essas organizações sejam obrigadas a manter ao serviço um trabalhador que não concorda com os objetivos que estas prosseguem ou que, no limite, está mesmo em conflito com aqueles, para que esta exceção à reintegração que funciona como corolário da proibição de despedimentos em justa causa opere a lei exige que se trate de uma entidade sem fins lucrativos e, de acordo com a orientação jurisprudencial dominante, que o trabalhador desempenhe funções que tenham uma ligação direta com os objetivos prosseguidos pela organização⁴⁷.

Isso significa, no essencial, que, para determinado tipo de funções num partido político ou numa organização religiosa, não é necessário aderir à ideologia do partido ou partilhar a fé da organização; nesses casos, não existirá qualquer obstáculo à eventual reintegração de um trabalhador ilicitamente despedido. É que, no Direito transalpino, a definição de tarefas ideológicas consiste em todas aquelas em que se vislumbra uma união orgânica entre a ideologia do trabalhador e a atividade que este desenvolve; fala-se, assim, de tarefas de tendência se as convicções ideológicas de quem exerce uma função (critério da funcionalidade) estiverem organicamente ligadas ao desenvolvimento da relação de trabalho e à finalidade ideológica da organização.

Outros Estados-Membros (EM), como a Áustria ou a Suécia, também atribuem relevo às organizações de tendência, mas, no geral, a generalidade das leis nacionais dos diferentes EM não consagram formalmente qualquer definição.

Essa ausência, como se verá, não constitui óbice à caracterização concetual de uma organização de tendência. Contudo, quaisquer limites que, em razão dessa caracterização, sejam apostos aos direitos dos trabalhadores carecem, na falta de qualquer enunciação legal expressa, de especial justificabilidade e, por correlação, de adequada fundamentação.

47 No entanto, esta disciplina foi alterada com a entrada em vigor do D. Lgs. 23/15. Com este diploma, os trabalhadores contratados por tempo indeterminado pelas organizações de tendência podem agora beneficiar não só da proteção conferida pela atribuição de uma indemnização (ver art. 4.º da L. 108/90), como também da reintegração, nos casos em que os despedimentos sejam discriminatórios, nulos e ineficazes (verbalmente materializados), e de despedimentos disciplinares em que se verifique em tribunal a inexistência de facto materialmente imputável ao trabalhador.

II. Delimitação concetual

4. A proteção das organizações de tendência encontre um duplo conforto.

Por um lado, existe uma dimensão individual que protege as liberdades fundamentais de imprensa, consciência, crença, investigação, arte e ensino e que alberga outro tanto uma dimensão de formação livre da personalidade, uma dimensão de proteção da liberdade de ação de acordo com o projeto de vida e vocação e capacidades pessoais próprias e ainda uma outra de proteção da integridade da pessoa. Tanto individual quanto coletiva.

Por outro lado, há uma dimensão coletiva que convoca a proteção do pluralismo religioso, político e/ou sindical que estas entidades substanciam e desenvolvem⁴⁸. O valor institucional de muitas destas liberdades revela que com a sua proteção o Estado não está apenas a proteger um direito constitucional específico do empregador, mas tutela também, e sobretudo, uma configuração social tipicamente pluralista. É aí que avultam as liberdades de criação de empresa e a liberdade de gestão e organização produtivas (associação do direito a empreender novas atividades à criação e à gestão de organizações, designadamente empresas⁴⁹)⁵⁰, havendo um direito à autonomia, tal como este se encontra reconhecido no artigo 17.º do Tratado Fundador da União Europeia e no artigo 10.º da Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

48 Nesse quadro, e pensando concretamente no direito de associação, este, para lograr absoluta efetividade, implica um raio de proteção sob uma dupla perspetiva: por um lado, como um direito das pessoas no âmbito da vida social, e, por outro, numa perspetiva institucional, como reconhecimento de capacidade das associações para o seu funcionamento e para o desenvolvimento da sua atividade.

49 Este direito, como fazem notar GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa da República Anotada. Artigos 101.º a 107.º* (4.ª ed.), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 788, tem um duplo sentido. Por um lado, consiste na liberdade de iniciar uma atividade económica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro lado, na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial). Trata-se, por isso, no primeiro sentido, de um direito pessoal (a exercer individual ou coletivamente), sendo, no segundo sentido, um direito institucional, um direito da empresa em si mesma.

50 Que encontram igualmente conforto no artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao reconhecê-las como um direito fundamental

Todavia, se as organizações de tendência, dado estarem direta e predominantemente orientadas à pública difusão de certa ideologia e constituírem o veículo de expressão de um direito fundamental do seu titular (individual ou coletivo), se perfilam como corolário direto do reconhecimento constitucional do pluralismo político, sindical e religioso (por exemplo, de sindicatos, escolas religiosas, partidos políticos ou associações pró-imigração)⁵¹, é importante salientar que, por regra, a liberdade de trabalho deve sobrelevar a liberdade de iniciativa económica.

Firmando-se, em fundo, um princípio de prevalência dos interesses pessoais sobre os interesses estritamente patrimoniais⁵², verifica-se, ademais, a composição da liberdade de trabalho como um princípio de ordem pública⁵³, numa designação que tem consequências de relevo:

51 É aliás manifesto o interesse do Estado na dinamização do terceiro sector, também conhecido por *economia social*, visto que, não sendo o mercado capaz de responder onde a procura não é solvente ou onde exista crise relativa ao Estado de bem-estar, as organizações integráveis naquele sector tendem a defender os interesses coletivos, a introduzir mecanismos de solidariedade e a intervir no mercado, oferecendo bens e gerindo serviços de forma pouco custosa e mais versátil. Uma vez que a ideia de sociedade civil surgiu da necessidade de um espaço próprio, não estatal, que é marcado por uma irredutível diversidade de atores e formas de organização, é a partir da diversificação das figuras organizatórias de interesses coletivos, compostas por múltiplos graus de juridificação, que se logra aumentar a margem de adaptabilidade do sistema normativo e que conseguem reduzir as fimbrias de disfunção entre os quadros legais e a realidade, evitando-se a *colonização da Lebenswelt* e o trilema regulador que este traz consigo: (i) ineficácia da malha reguladora sobre o sistema regulado, (ii) entropias e disfunções do sistema regulado ou (iii) entropias e disfunções do próprio sistema jurídico regulador.

52 Ainda JORGE MIRANDA, "Liberdade de trabalho e profissão", *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, Estoril, 2006, 204.

204, justificando essa prevalência, à luz do texto constitucional, com a impositação da liberdade de trabalho no título dos direitos, liberdades e garantias e já não no título de direitos económicos, sociais e culturais, como sucede com a iniciativa económica e o direito de propriedade. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Direito do Trabalho e Cidadania", *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (org. António Moreira), Almedina, Coimbra, 2001, 33-4, por seu turno, refere: a liberdade de trabalho será "provavelmente o valor mais absoluto de todos".

53 Como refere GUILHERME DRAY, "O ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2002, 101, "(v) ocasionado para a violação de princípios ou vectores fundamentais do ordenamento jurídico, visando a reprodução do sistema e vedando comportamentos que o contrariem, o princípio jurídico que faz apelo à ordem pública tem sido utilizado, designadamente, para impedir negócios jurídicos que exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica". Sobre o conceito, entre nós, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Claúsulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 51 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina,

por um lado, a sua aplicação não depende da vontade dos sujeitos e, por outro, o princípio, embora com limitações imanentes e de acordo com a configuração *ex lege* estabelecida para a sua suscetibilidade de *limitação* convencional, há de lograr aplicação, mesmo que os sujeitos se manifestem em sentido diverso⁵⁴.

5. Contudo, a admissão sistémica de diferentes graus quanto às limitações impostas à fruição de determinados direitos por parte dos trabalhadores em função da diversidade finalística que caracteriza determinadas organizações permite evidenciar que a ideia de um sistema laboral amparado na conservação de um paradigma regulativo uniforme se encontra ultrapassada pela ordem multipolar⁵⁵: as feições fragmentárias que atravessam o Direito do trabalho constituíram um reflexo dos diferentes graus de pluralidade e conflitualidade sociais que, além da convocação de uma multiplicidade de fontes, surgiram, enquanto projeção do *post-modernismo* e como resposta à crise intervencionista do Estado moderno, a exigir a confeção de formas de resolução de conflitos diversas, a suscitar a fusão de novos tipos contratuais e a destruir a adstringência de esquemas simplistas, lá onde também será necessário distinguir diferentes níveis de lealdade⁵⁶.

Coimbra, 1997, 1218-1225, que, considerando que “os casos em que devam ser reconduzidos a violações de princípios ou vectores fundamentais do ordenamento” integram a ordem pública, deixa os bons costumes “a braços, apenas, com a moral social”. Em sentido idêntico, entendendo ainda que os bons costumes têm uma “coloração mais acentuadamente ética ou ético-jurídica”, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no domínio dos contratos”, *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II- Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 260-2.

54 Assim, GÉRARD LYON-CAEN, “Les clauses restrictives de la liberté du travail (Clauses de non-concurrence ou de non réembauchage)”, *Droit Social* 1963, n.º 2, 87.

55 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation* (trad. Nathalie Boucquoy & Gaby Maier), Bruylant, Bruxelas, 1996, 18 e ss..

56 Aspeto muito salientado por JEAN-EMMANUEL RAY, “Fidélité et exécution du contrat de travail”, *DS* 1991, n.º 5, 376, com a perspectiva de que o dever pendente sobre o trabalhador atina com a empresa globalmente considerada, ao passo que para o empregador ele apenas vai referido à pessoa do trabalhador, sendo por isso, corrente sustentar-se, no que à lealdade exigível diz respeito, a existência de um escrutínio mais rigoroso para o trabalhador do que para o empregador. Entre nós, entre outros, cfr. RITA CANAS DA SILVA, “Dever de lealdade do trabalhador e níveis de gestão”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, 581 e ss..

Estes movimentos, cuja experimentação nem sempre é explícita, convocam um conjunto de formas de controlo reflexivas aptas a racionalizar a complexidade dos subsistemas sociais, que, mais vastamente, traduz a existência de margens normativas de adaptação social. Estas, assegurando a concretização dos interesses dos sujeitos laborais sempre que estes a possam prover em condições de efetiva liberdade, acentuam a *irredutibilidade* de cada situação laboral. Isso sucede em ligação com as diferenças de organização produtiva subjacentes aos múltiplos sectores de atividade, e ainda em atenção aos diversos planos, funções e níveis de responsabilidade que os trabalhadores ocupam nas estruturas organizativas.

6. O que é então uma organização de tendência? Numa aceção ampla, uma organização de tendência é toda aquela cuja estrutura tem como objetivo fins políticos, sindicais, confessionais, filantrópicos, educativos, artísticos e similares, conquanto estes pressuponham uma determinada conceção do mundo.

Afastando-se a visão, muito presente em Itália, de que as organizações de tendência não podem ter fins lucrativos (com base no raciocínio de que o lucro não convive com a disseminação social dos valores estas devem professar), não há razão para excluir do conceito empresas jornalísticas ou instituições religiosas de ensino, uma vez que o direito à liberdade de organização da empresa que surge como corolário do princípio da livre iniciativa económica privada fluente dos artigos 61.º e 85.º da CRP tutela o direito dos sujeitos à organização livre do modo de exploração das atividades económicas através das formas positivas reguladas pelo legislador ordinário⁵⁷. Os fins podem ser de natureza política, religiosa, partidária, filosófica, moral, educacional, cultural, etc., conquanto veiculem determinada ideologia⁵⁸.

Mas, sendo diferente, ao contrário do que sucede no ordenamento germânico⁵⁹, o enquadramento constitucional tributável a associações e

57 Ver, por todos, A. SOUSA FRANCO, “Nota Sobre o Princípio da Liberdade Económica”, BMJ n.º 355, Lisboa, 1986, 11-40.

58 Importante é não confundir a ideologia da organização com a ideologia pessoal do empresário ou dos acionistas da empresa.

59 Conforme faz notar RUI PINTO DUARTE, *O Ensino do Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Lisboa, 2008, 45 e ss..

a sociedades comerciais⁶⁰, será de exigir, para este efeito, que a atividade da organização seja regida por uma ética assente na religião ou numa convicção externamente identificável⁶¹, enquadramento que ganhou contornos mais definidos após a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27.11, que estabeleceu um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional⁶².

7. Se o que vai dito sugere que uma organização de tendência é recortável com relativa nitidez, será todavia necessário não perder de vista que, no concreto, essa caracterização nem sempre se mostra fácil.

Para lá do conjunto de casos em que os fins estatutários da organização não encontram correspondência na sua atuação (desde logo, no caso das associações, os fins a prosseguir na administração do acervo patrimonial subjacente não podem coincidir com a prossecução de interesses pessoais dos associados, pois então o seu fim real não coincidirá com o fim expresso no ato de constituição ou nos estatutos⁶³), é necessário levar em linha de conta que, por princípio, a tendência deve ser assumida de maneira expressa.

Dando-se como boa a consideração de que “só é possível conceber uma organização de tendência “quando esta apareça, para o público externo, como defensora de uma concreta opção ideológica”⁶⁴, não se entreveem, contudo, óbices a que a ideologia seja extraível, com consistência, da forma como a organização se perfila na sociedade.

60 JORGE MIRANDA, “Liberdade de associação e alteração aos estatutos sindicais”, cit., 167.

61 Não é tanto uma questão de método ou ética procedimental – separação entre fins e meios –, dado que a metodologia seguida por determinadas organizações, designadamente em época marcada pelos ESG, não é, por princípio, bastante para operar a qualificação de uma organização como uma organização de tendência. No limite, isso apenas sucederá se a metodologia adquirir uma densidade tal que seja alçável a uma característica essencial da organização que justifique a sua assimilação a uma convicção (ideológica).

62 JO 2000, L 303, 16.

63 Se assim for, suscitar-se-á, em conformidade, consoante os momentos em que a descoincidência se verifique, a nulidade do negócio associativo ou a promoção de extinção da associação por parte do Ministério Público (al./b do n.º 2 do artigo 182.º do CC).

64 Assim, em texto de referência, DE VAL TENA, “Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”, *Revista de relaciones laborales* 1994, n.º 2, 177-195.

Tome-se como exemplo uma empresa de comunicação social, cuja não assunção de uma vertente editorial política filiável em determinada ideologia política não impede que alguém informado retire, com clareza, da leitura das suas páginas a opção ideológica da organização. Trata-se aqui, de, a partir de factos concludentes, se inferir que uma determinada organização tem uma tendência definida.

A exteriorização dos fins que se consideram objetivados por essa forma permite, desde que revestidos de um grau de inequivocidade aferido por um critério prático⁶⁵, que um destinatário, dotado de normal capacidade de entendimento e medianamente diligente, deles infira que a atividade desenvolvida pela organização é institucionalmente expressiva de uma específica e bem determinada concepção de vida e do mundo, inspirada em valores ou ideais externamente reconhecíveis.

Tendo de ser uma tendência que vá para lá do interesse da organização e que seja portadora de um interesse coletivo – acrescentando a necessidade de associar o conceito a *organizações fundadas em convicções verdadeiras, em princípio de ordem religiosa, ideológica ou filosófica* –, não é, no plano prático, tarefa fácil estabelecer fronteiras entre, por um lado, uma convicção, e, por outro, uma opinião ou uma ideia, embora, neste plano, apenas se deva atribuir relevância, no que à operabilidade da categorização diz respeito, à existência de pontos de vista que atinjam certo grau de força, de seriedade, coerência e importância e que, nessa medida, apresentem densidade, relevância e consistência bastantes para entretecer uma convicção.

8. Por contraste com qualquer outra organização, uma organização de tendência deve ter um fim ideológico específico, externamente identificável, que estruture e condicione seu funcionamento. Será esse que aparecerá como o critério conformativo de uma determinada atuação perante a sociedade e que moldará a sua relação com os (seus) trabalhadores. Mas é necessário introduzir um *plus*, uma vez que todo o discurso é ideológico. Se a lógica de uma determinada ideia atravessa toda e qualquer organização e tende a alcançar projeção na sua atua-

⁶⁵ Inspirado nos usos da vida e naquele grau de probabilidade que basta na prática para as pessoas sensatas formarem a sua opinião e tomarem as suas decisões.

ção, será fundamental discernir tarefas ou atividades nas organizações qualificáveis como organizações de tendência que, por regra, não são desenvolvidas por outras organizações e que, na sua essência, transportam elevada densidade ideológica (= diferenciação do serviço ou do produto oferecido à sociedade com base numa tendência que traz insita uma ideologia definida, portadora de uma carga identificável de interferência social).

Estando aí a razão para que alguns ordenamentos prefiram a designação “organização de tendência” em vez de “organização ideológica” (v. g. o ordenamento alemão, com o *tendenztraeger* a significar o portador de tendências), é, pois, fundamental, na ótica estritamente laboral, delimitar o objeto do contrato de trabalho, recortando a natureza das atividades que o trabalhador se compromete a desenvolver.

9. A União Europeia vem, paulatinamente, regulamentando as organizações de tendência sedeadas no seu território. A Diretiva 94/45/CE, de 1994, contemplou no n.º 3 do artigo 8.º a possibilidade de cada Estado-membro adotar regulamentação especial para “empresas estabelecidas no seu território que tenham direta e principalmente finalidades de orientação ideológica relacionadas com a informação e a expressão de opiniões”.

Ademais, a Diretiva 2000/78/CE, de 2000, estabeleceu que os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional (n.º 1 do artigo 4.º).

Em reforço, prevê-se ainda que os Estados-Membros podem prever disposições em virtude das quais, no caso das atividades profissionais de igrejas e de outras organizações públicas ou privadas cuja ética seja baseada na religião ou em convicções, uma diferença de tratamento baseada na religião ou nas convicções de uma pessoa não constitua discriminação sempre que, pela natureza dessas atividades ou pelo contexto da sua execução, a religião ou as convicções constituam um requisito profis-

sional essencial, legítimo e justificado no âmbito da ética da organização. Esta diferença de tratamento deve ser exercida no respeito das disposições e dos princípios constitucionais dos Estados- -Membros, bem como dos princípios gerais do direito comunitário⁶⁶, e não pode justificar uma discriminação baseada noutra motivação (n.º 2 do artigo 4.º)⁶⁷.

Protegendo-se o direito fundamental dos trabalhadores a não serem alvo de uma discriminação em razão da religião ou das suas convicções, o n.º 2 do artigo 4.º procura salvaguardar, em medida igual, o direito à autonomia das igrejas e de outras organizações públicas ou privadas cuja ética seja baseada na religião ou em convicções⁶⁸, em respeito pelo princípio da proporcionalidade⁶⁹.

Tratando-se de disposição que versa sobre os “requisitos profissionais essenciais” à luz da ética da organização - com elasticidade manifesta, mas com igual filtragem pelas disposições e pelos princípios cons-

66 Cabendo salientar, de entre os direitos que resultam dessas tradições comuns e que foram reafirmados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o direito à liberdade de consciência e de religião consagrado no artigo 10.º, n.º 1, da Carta. Em conformidade com esta disposição, este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. Este direito corresponde ao direito garantido no artigo 9.º da CEDH e, em conformidade com o artigo 52.º, n. 3, da Carta, tem o mesmo sentido e o mesmo âmbito que aquele.

67 Em complemento, o artigo 4.º, n.º 2 *in fine*, prevê que “(s)ob reserva de outras disposições da presente diretiva as igrejas e as outras organizações públicas ou privadas cuja ética é baseada na religião ou nas convicções, atuando de acordo com as disposições constitucionais e legislativas nacionais, podem, por conseguinte, exigir das pessoas que para elas trabalham uma atitude de boa fé e de lealdade perante a ética da organização”.

68 Tal como reconhecido no artigo 17.º TFUE e no artigo 10.º da Carta, que corresponde ao artigo 9.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 04.11.1950.

69 Entre outros, v. § 68 do Ac. n.º 2484 de 22.11.2017 (13-19.855), ECLI:FR:CCASS:2017:SO02484. Uma vez que o princípio da proporcionalidade faz parte dos princípios gerais do direito da União (v., neste sentido, Acórdãos de 06.03.2014, Siragusa, C206/13, EU:C:2014:126, § 34, e de 09.07.2015, K e A, C153/14, EU:C:2015:453, § 51), os órgãos jurisdicionais nacionais devem verificar se o requisito em questão é adequado e não vai além do que é necessário para alcançar o objetivo prosseguido, entendendo-se, por conseguinte, que artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que o requisito profissional essencial, legítimo e justificado que aí é referido remete para um requisito necessário e objetivamente ditado, no âmbito da ética da igreja ou da organização em causa, pela natureza ou pelas condições de exercício da atividade profissional em causa e não pode abranger considerações alheias a essa ética ou ao direito à autonomia dessa igreja ou dessa organização. O referido requisito deve ser conforme com o princípio da proporcionalidade.

titucionais dos Estados- -Membros, bem como pelos princípios gerais do direito comunitário⁷⁰ -, direta ou indiretamente, tanto o TJUE quanto, embora em escala diversa, o TEDH têm fornecido coordenadas interpretativas importantes para a resolução dos problemas (laborais) que essa caracterização tem envolvido.

III. A relevância das tarefas de tendência

10. Sem o recorte da natureza das atividades que o trabalhador assume desenvolver não é possível diferenciar as designadas “tarefas de tendência” das “tarefas neutras”.

Esta distinção, que não é isenta de dificuldades, é cada vez mais importante, podendo mesmo afirmar-se que sobreleva a relevância subjacente à qualificação de um ente como sendo uma organização de tendência.

É assim, uma vez que, por um lado, a Diretiva 2000/78 já não subordina a organização de tendência à prossecução do objetivo de disseminar uma doutrina ou ideologia⁷¹ e faz avultar a “natureza da atividade profissional em causa” e/ou o “contexto da sua execução”⁷² - permitindo, assim, que, por exemplo, um hospital confessional seja enquadrável no

70 Inevitável a interrogação, que por força do seu conforto na história e na consciência social dominante tem merecido resposta afirmativa, sobre a possibilidade (ou não) de uma igreja rejeitar o contrato de uma mulher para exercer o ministério sacerdotal quando a sua doutrina ou sua ética sacerdotal se encontra reservada aos homens.

71 Sem prejuízo, existe uma corrente doutrina que se mostra infensa à inclusão de universidades confessionais nas organizações de tendência, já que, por norma, o programa religioso de ensino é mitigado no nível superior de ensino e a liberdade de pensamento e de criação científica dissipam qualquer tentame de contextualização funcional da ideologia da organização. Por todos: L.-L. CHRISTIANS, “Les mutations du concept d’entreprise de tendance. Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières”, *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d’ici et d’ailleurs* (dir. B. Callebat/H. De courrèges/V. Parisot), Bruylant, Bruxelas 2017, 253-269 e já, antes, em afloramento, DE VAL TENA, “Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo” (1994), cit., 182-3, que afasta igualmente qualquer tentame de enquadramento do Estado, ao revés do que se verifica no ordenamento jurídico, de nas organizações de tendência.

72 Assim, uma empresa de mediação familiar, cuja atividade não é de natureza religiosa, pode ter adotado uma perspectiva religiosa para a resolução de conflitos. O n.º 1 do artigo 4.º permitir-lhe-á, neste caso, selecionar apenas mediadores pertencentes à referida confissão.

conceito⁷³, algo que durante anos não era aceite sem controvérsia⁷⁴ -, como também, por outro lado, porque as compressões a direitos fundamentais dos trabalhadores só podem operar se estivermos perante uma atividade de tendência, cuja caracterização arranca da delimitação do objeto funcionalmente implicado e dos fins visados com o exercício dessas funções.

Por exemplo, se no que respeita ao carácter religioso ou ético este deve resultar da natureza da atividade ou do seu contexto, importará, para lá da natureza da atividade, estabelecer se se trata de um contexto eclesial ou neutro, num registo bivetorial que permitirá, assim, ter em conta as atividades confessionais realizadas numa estrutura não denominacional e as atividades profanas ou neutras realizadas no dentro de um grupo confessional.

Neste plano, se a decisão do TEDH *Fernández Martínez* (2014)⁷⁵ é emblemática no que se refere a cursos de religião confessional ministrados numa escola pública⁷⁶ (mais problemática, todavia, a situação em que o demandante não é clérigo e também não assume uma posição ostensiva contra a Igreja⁷⁷, já que no caso *Fernández Martínez* a sua per-

73 Com. EDH, *Rommelfanger c. Alemanha*, 06.12.1989.

74 Ainda L.-L. CHRISTIANS, "Les mutations du concept d'entreprise de tendance. Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières" (2017), cit., 253-9.

75 Ac. TEDH, 12.06.2014, *Fernández Martínez c. Espanha*, CE:ECHR:2014:0612JUD005603007, § 129.

76 J.-P. SCHOUPE, "L'autonomie des églises en matière d'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt [Gr. Ch.] *Fernández Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014)", *Revue du droit public* 2015, n.º 2, 499-52. Tratou-se de uma *incoerência* entre a vida privada do autor e a doutrina que ele se encarregou de transmitir no seu curso de religião católica. Este padre, antigo reitor de seminário, transgrediu a obrigação do celibato, casou civilmente, foi pai e divulgou a sua militância no seio de uma associação de oposição à doutrina da Igreja, publicando um artigo na imprensa. Em sequência, o TEDH considerou que o trabalhador, com a sua atuação, quebrou a relação de confiança com a hierarquia católica. Nestas circunstâncias, foi a necessidade de proteger os direitos da Igreja Católica contra a propagação pelos seus próprios membros - ou seja, os padres que, evidentemente, têm um dever acrescido de lealdade para com a Igreja - de ideias que poderiam parecer atentar contra a sua coerência doutrinal que levou o Tribunal de Justiça a considerar que o despedimento de J. Fernández prosseguia um objetivo legítimo, a saber, a proteção dos direitos e liberdades da Igreja Católica.

77 Ac. TEDH, *Travas c. Croácia*, 30.01.2017, §§ 93 e ss.: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166942>. O TEDH, por unanimidade, não censurou a não continuidade de Travas como professor de educação religiosa. O trabalhador é leigo, divorciado e voltou a casar civilmente. Embora *Travas* não se tenha posicionado publicamente contra a doutrina da Igreja, os juízes lavram auto de retirada do seu mandato canónico como consequência da violação do seu dever de lealdade ("exigência de especial lealdade»), e o seu

tença a uma associação com objetivos contrários aos da Igreja e a sua posição pública sobre a questão do celibato dos padres provocaram um “escândalo” que rompeu a sua relação com a Igreja Católica), basta cogitar, em situação aproximável, o exemplo de uma associação religiosa que presta serviços educacionais, em que um professor de matemática e um professor de religião, não obstante a semelhança de contratos de trabalho, podem receber diferentes enquadramentos jurídico-laborais, pois o primeiro é um “trabalhador neutro”, ao passo que o segundo será um “trabalhador de tendência” (*tendenztraeger*).

11. Na patologia, a associação não poderá considerar que existe uma infração disciplinar por parte do professor de matemática se este não professar ou deixar de professar a religião da escola. Isto, porque a sua função não se encontra numa relação de adequação funcional com a tendência apresentada pelo empregador.

Impondo-se, agora mais nitidamente, uma diferenciação axiológica entre as funções desempenhadas pelo professor de uma determinada disciplina numa escola católica e pelo responsável de limpeza das instalações e/ou pelo editor-chefe de um jornal politicamente balizado e pelo tipógrafo, a *empiria* revela a existência, na fase de contratação, de um fenómeno de *seleção natural*, lá onde um emprego numa organização de tendência tende a ser atrativo apenas para quem professa ou quer professar a ideologia prosseguida pela organização.

Mas, e agora sob lente diversa, seria pouco realista não considerar que o estilo de vida, as concepções ideológicas e a mundividência dos candidatos são características que podem substanciar diferentes graus de aptidão profissional para o preenchimento de um determinado pos-

despedimento, sem que existisse posto de trabalho compatível na Igreja, foi considerado procedente. Ao contrário de outros casos em que um trabalhador despedido por um empregador eclesiástico tem oportunidades limitadas de encontrar outro emprego devido, em particular, à posição predominante do empregador num determinado sector de atividade e a derrogações ao direito comum, ou em que o trabalhador despedido tem qualificações específicas que tornam difícil, se não impossível, encontrar um novo emprego fora da Igreja empregadora (ver *Schüth*, § 73), este não era o caso de *Travas*. Este podia procurar outro emprego no sistema educativo, lecionando cursos de ética e cultura, uma oportunidade profissional que, enquanto tal, era completamente alheia ao acordo especial entre o Estado e a Igreja Católica sobre o ensino da educação religiosa católica.

to de trabalho numa organização de tendência, embora o empregador só possa desenvolver essa valoração e relevar esses fatores nos estritos limites do que se mostrar objetivamente necessário para a execução da atividade laboral em causa (= requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade + objetivo legítimo e requisito proporcional)⁷⁸.

Tratando-se de considerar tais fatores como uma necessidade contratual objetiva, essa consideração apenas relevará em medida absolutamente simétrica à do fim político, religioso ou sindical prosseguido pela organização, sem que se perca de vista a sua (necessária) adequabilidade funcional em relação à atividade associada ao posto de trabalho a preencher⁷⁹.

No fundo, esses fatores têm de se mostrar objetivamente necessários em razão da importância da atividade profissional em causa para a afirmação dessa ética ou para o exercício por essa organização do seu direito à autonomia.

Se, por um lado, será desnecessário salientar que seleções e/ou diferenciações na raça, no género, na idade, na orientação sexual e/ou noutras características pessoais do candidato são arbitrárias e naturalmente desvaliosas (sendo, para tanto, irrelevante apurar se tratamos de uma organização tendência), por outro, revela-se indispensável o recorte da *natureza da tarefa confiada ao trabalhador*, tendo em vista a determinação do nexo funcional dos fatores eleitos/sinalizados com a prestação a ser executada.

Aí, conforme o TEDH recordou no conhecido acórdão *Schüth*⁸⁰, a natureza da posição deve ser avaliada de forma a determinar se as limitações impostas ao trabalhador em nome da tendência são necessárias para o exercício das funções (no caso: religiosas).

78 É esse o critério que, no direito interno, o CT assume no n.º 2 do artigo 25.º: "(n)ão constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional".

79 Naturalmente, embora se possa admitir, na fase de recrutamento, a inclusão de elementos ideológicos nos perfis profissionais subjacentes a funções de tendência, não pode o empregador erigir a condição de contratação que o candidato pertença a determinado partido político, sindicato ou religião, uma vez que a contratação nunca pode ser condicionada à adesão do candidato à organização.

80 Ac. TEDH *Schüth c. Germany*, n. 1620/03, ECHR 2010, §§ 66, 69 e ss..

Além da (i) importância da atividade profissional em causa para a afirmação da ética ou da ideologia da organização, é necessário que (i) quaisquer requisitos relativos à adesão às convicções da organização em causa não sejam adequados para prosseguir um fim alheio a à convicção da organização e que (iii) a organização consiga demonstrar, à luz de circunstâncias factuais, que o risco alegado de violação da sua ética ou do seu direito à autonomia é provável e sério, provando, assim, que o estabelecimento desses requisitos se afigura efetivamente necessário.

A noção de “proximidade” das funções desempenhadas em relação à tendência adquire, assim, centralidade, relevando-se as qualidades e os comportamentos do trabalhador na medida em que se insiram ou se aproximem, de forma tangencial, do “conteúdo profissional da prestação”⁸¹.

12. O *compliance*, tão em voga, pode assumir relevância acrescida, mediante a sinalização dos comportamentos vedados ao trabalhador de tendência para que, sem prejuízo da sua não vinculatividade e da necessária averiguação da sua indispensabilidade, se logre atalhar à eclosão de conflitos associados a posicionamentos contrários à tendência manifestada pela empresa.

Mas se “a pessoa que age na vida de relação deve ter o cuidado de controlar as expectativas que, por ação ou omissão, cria nos outros”⁸² – ligam-se ao princípio da boa fé as ideias de lealdade, honestidade e confiança no cumprimento dos contratos, ideário que, sendo recebido no universo laboral, limita, o exercício de qualquer direito⁸³ –, é outro tanto questionável que, em função do princípio da identidade (o que é, é), a objetividade na tutela de um direito seja assegurada em função das expectativas do seu titular, mesmo que esses comportamentos apareçam, não raro, interditos em códigos de conduta, lá, onde, por essa via, se tende, umas vezes de forma expressa e outras tantas com menos desvelo, à ampliação dos deveres previstos no artigo 128.º do CT.

81 ÁLVAREZ CORTINA, “Derecho de las confesiones religiosas a la selección del personal por las creencias religiosas”, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral* (dir. A. Motilla), Comares, Granada 2016, 189 e ss..

82 As palavras são de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, 21.

83 Como faz notar GARCIA VIÑA, *La buena fe en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2001, 82-3.

Seja como for, a subordinação de que falamos é jurídica, e não pessoal, impondo-se não postergar a regra de que, por um lado, (i) os comportamentos assumidos pelo trabalhador fora do tempo e do local de trabalho estão para lá do esquema de interesses em que se move a execução do contrato do trabalho, e que, por outro, (ii) a tutela dos direitos de cidadania no âmbito da relação de trabalho torna *a priori* inadmissíveis quaisquer “cláusulas pelas quais o trabalhador renuncie aos seus direitos fundamentais”⁸⁴ (v. g. renúncia à greve ou ao exercício de qualquer atividade partidária ou sindical ou à constituição de um estado familiar), sem que se possa transpor e/ou assumir a relevância que nos sistemas de base anglo-saxónica se tende, embora de forma datada, a atribuir a situações estritamente privadas, com o objetivo primeiro de salvaguardar os interesses económicos do empregador⁸⁵, designadamente quando se convoca um *status familiae*.

Se qualquer cláusula com esse teor é *a priori* inadmissível, não se vê como pode a cessação do contrato de trabalho operar em razão de uma condição cuja previsão antecipada tem um desvalor evidente: o dever de lealdade, sem prejuízo da sua indagação casuística, jamais poderá entender-se violado em função de situações alheias ao vínculo laboral, as quais, mais do que ‘não imputáveis’ a um trabalhador, não são por este impediáveis. Exige-se uma imputação *ad personam*, sendo irrelevantes as atividades e/ou os comportamentos desenvolvidos por

84 Assim, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 191, que afasta qualquer razão de ser à “prevalência da liberdade contratual, em termos de permitir justificar a renúncia do trabalhador aos seus direitos ou a imposição de limitações à sua liberdade para além do que é estritamente necessário” (231).

85 Aí, o aumento do risco subjacente à verificação de situações que podem ocasionar prejuízos ao empregador já determinou o despedimento, por violação do dever de fidelidade, de uma trabalhadora casada com o diretor de uma empresa concorrente, em razão da inevitabilidade da divulgação de informação confidencial da empresa: *Dyer v Inverclyde Ltd* 25.11.1987 em PETER CHANDLER, *Waud’s Employment Law* (14.ª ed.), Kogan Page, Londres, 2003, 127. Se, conforme se lê, “o risco de divulgação da informação era excessivamente grande” e “não é injusto despedir a trabalhadora em razão desse facto”, a decisão abriu graves precedentes, ao fazer condicionar a subsistência de um contrato de trabalho à (in) verificação de um determinado *status* familiar. Ora, se uma cláusula com este teor é *a priori* inadmissível, não se vê como pode a cessação do contrato de trabalho operar em razão de uma condição cuja previsão antecipada tem um desvalor evidente. O dever de fidelidade, sem prejuízo da sua indagação casuística, jamais poderá entender-se violado em função de situações alheias ao vínculo laboral, que, mais do que não imputáveis ao trabalhador(a), não são por este impediáveis.

terceiros, mesmo que estes tenham relações próximas ou de natureza familiar com o trabalhador.

IV. A elasticidade do dever de lealdade

13. Ao celebrar um contrato de trabalho, o cidadão não vê alterada sua condição jurídica: o *status* de cidadão precede o *status* de trabalhador e não o contrário.

Se esta perspetiva implicará que o trabalhador conserve no exercício da atividade laboral os direitos que lhe pertencem enquanto cidadão⁸⁶, é, todavia, claro que o desenvolvimento de uma relação laboral implica, *per definitionem*, naturais compressões à fruição plena do catálogo de direitos fundamentais associados ao desenvolvimento do Estado de Direito.

Na relação de trabalho comprometem-se especialmente a personalidade dos contraentes no correto cumprimento dos deveres contratuais⁸⁷, mas os direitos fundamentais do indivíduo, cidadão e trabalhador, são encarados como “componentes estruturais básicas do contrato de trabalho”⁸⁸. E os deveres contratuais ora apresentam uma dimensão pessoal (v.g. lealdade, urbanidade), que convoca especial articulação com a malha axiológica dos direitos de personalidade dos trabalhadores, ou uma dimensão organizacional (v.g. promoção da produtividade), havendo alguns que combinam que refletem com nitidez ambas as dimensões. É justamente o que se verifica com o dever de lealdade.

Impondo-se rejeitar qualquer refluxo ao século XIX - em que o trabalho, suscitando um enquadramento mercantil, surge envolto por uma conceção transacional em que a liberdade surge mais ao serviço

86 Esta formulação para M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra, 2002, 409, é menos satisfatória do que aquela que exclui a possibilidade de o trabalhador, em razão do contrato de trabalho, ver diminuídos os direitos fundamentais que lhe assistem enquanto Pessoa, preferindo, “pese embora a ampla zona de sobreposição dos dois conceitos”, o conceito de Pessoa em lugar da referência a cidadão, numa leitura axiologicamente unitária.

87 Nesse sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, 126.

88 Ainda JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* (2005), cit., 218.

da empresa e/ou da organização do que da cidadania⁸⁹ -, cedo se interlecciona que dever de lealdade pode entrar em conflito com vários direitos fundamentais (v. g. a liberdade de expressão, de manifestação e de trabalho), havendo limitações que, na presença das organizações de tendência, podem conhecer o seu ápice.

Nestas circunstâncias, ainda que se tenha identificado e comunicado *ex ante* o conjunto de comportamentos que o trabalhador não deve assumir (individualmente, através de regulamento interno ou de um código de conduta), é necessário adotar um critério que, sendo incompatível com o mero capricho ou o arbítrio, apareça fundeado na necessidade de reconhecimento de um interesse organizacional digno de tutela (em rigor: objetivo legítimo).

Essa identificação opera em ligação com a experiência e as funções concretas do trabalhador e, mediante a identificação do sentido subjacente ao dever de lealdade, implica o reconhecimento de diferentes graus de afetação da imagem da organização e/ou da vulneração do património do empregador.

14. Entre nós, se na LCT se aludia a “fidelidade”, hoje, mantendo-se a redação do CT2003, o CT refere-se a “lealdade”. Não é, todavia, a substituição da locução que afasta o alcance que o dever de fidelidade lograva nas construções comunitário-pessoais, enquanto dever cuja amplitude englobava a própria prestação⁹⁰.

89 Como fez notar GASTON MORIN, *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, Paris, 1945, 115, a revolta subsequente contra o *Code Civil* esteve aliás no sentimento de desmercantilização do trabalho e na objetivação da subversão da hierarquia de valores subjacente: “o valor coisa passou a ocupar uma posição inferior ao valor Pessoa”. Tratando-se de assunto que convoca bibliografia inabarcável e que entronca, a montante, no enquadramento da prestação assumida pelo trabalhador e no objeto do contrato de trabalho, cabe realçar a sofisticada e difundida construção de FRANCESCO CARNELUTTI, “Natura del contratto di lavoro”, *Studi di diritto civile* (Collezione di opere giuridiche ed economiche), Athenaeum, Roma, 1916, 230-1, que objetiva a energia humana para construir o contrato de trabalho (“anche la energia umane, in quanto sono obbietto di un contratto, sono cose”), embora esse isolamento, por natureza, seja impossível: reconhecendo-se ineliminável personalidade ao trabalhador, implicar-se-á, necessariamente, a assunção de que a sua vontade é uma emanção da sua personalidade, que influi sobre o seu trabalho como objeto.

90 Por exemplo, MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às leis do trabalho*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1994, 92-3 e M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000, 279 e ss., 291 e ss..

Estas encontram-se de há muito ultrapassadas, uma vez que não só não existe qualquer situação de contitularidade de direitos/interesses entre os sujeitos, como “a conflitualidade latente entre empregadores e trabalhadores” e a “assimetria de posições” justifica, entre outros, a existência do direito à greve⁹¹.

Contudo, se tanto na Alemanha (onde a valia dessas construções ainda suscita debate⁹²), quanto em Itália (designadamente à vista do art. 2105.º do *Codice Civile*⁹³) ainda existem resquícios de uma autonomização genérica do dever de lealdade permeável ao influxo das relações comunitário-pessoais – excluindo-se, todavia, uma obrigação de comportamento do trabalhador tão ampla e dilatada ao ponto de se impor um sacrifício à sua liberdade de comportamento em nome de um superior e impreciso interesse da empresa⁹⁴, qual repristinação de uma ideia da empresa como “comunidade-autoridade”⁹⁵ –, o dever de lealdade move-se nas coordenadas impostas pelo princípio da boa fé⁹⁶.

Trata-se, enquanto tal, de um dever acessório de conduta autónomo da prestação principal (a prestação de trabalho), cuja existência não depende de o contrato de trabalho se encontrar a ser executado *de ple-*

91 Como fazem notar JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* (2005), cit., 176-7 e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II. Conteúdo, Contratos de Troca*, Coimbra, Almedina, 2007, 177.

92 Onde o contrato de trabalho, enquanto modalidade da *Dienstvertrag* que implica uma dependência pessoal do prestador de trabalho relativamente ao credor do serviço, é por vezes lido como gerador de uma lealdade que, vinculando ambos os sujeitos, vai balizar na comunidade empresarial (*Betriebsgemeinschaft*) as múltiplas prestações a que os sujeitos se obrigam com a constituição da situação laboral: KONRAD RUSCH, *Gewinnhaftung Bei Verletzung Von Treuepflichten*, Mohr Siebeck (109), Tübinga, 2003, 180-4.

93 Segundo qual “o prestador de trabalho não deve negociar (*trattare affari*), por conta própria ou de terceiros, em concorrência com o empresário, nem divulgar informações (*notizie*) referentes à organização ou aos métodos de produção da empresa, ou fazer uso delas de modo a poder causar-lhe prejuízo”.

94 Como faz notar GIUSEPPE FERRARO, *Diritto dei contratti di lavoro*, Il Mulino, Bolonha, 2011, 130, não havendo, portanto, um dever geral autónomo de lealdade, mas tão somente deveres específicos de sigilo e de não-concorrência, os quais vão expressamente previstos na lei.

95 Eis porque, também aí, com referência ao dever de diligência previsto no art. 2104 do *Codice Civile* (em que se faz apelo literal ao “interesse superior da produção nacional”), se considera a disposição, semelhante à que constava da *Carta del Lavoro* (1926), caduca.

96 FERNANDO RIBEIRO LOPES, *Direito do trabalho. Lições policopiadas*, Lisboa, 1977/78, 118 ou JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, Serviço de textos da U. C., Coimbra, 1999, 131. Sobre a recondução do dever de lealdade do trabalhador ao princípio da boa fé, veja-se, na jurisprudência, por todos: Ac. STJ de 16.10.96 (LOUREIRO PIPA), CJ-STJ 1996, T. III, 243-4.

no (v.g. suspensão do contrato de trabalho)⁹⁷, ao revés do que se verifica com os deveres acessórios integrantes da prestação principal, cujo cumprimento se se associa à efetiva prestação de trabalho (como o dever de assiduidade ou de zelo e diligência).

15. Neste plano, se existem circunstâncias que reforçam as exigências de lisura de comportamento e de probidade de conduta – v. g. a dimensão da empresa, a categoria do trabalhador ou as funções exercidas, visto que a “especificidade do objeto da prestação de trabalho pode derivar ainda da especial relação de confiança que a função envolve, seja qual for o sector de atividade empresarial”⁹⁸ –, a particular densidade que o dever de lealdade assume no domínio da situação jus-laboral justifica-se em função da dimensão de pessoalidade que inere à disposição da *energia laborativa* colocada na execução da prestação, impondo-se sempre “ponderar as circunstâncias ambientais atinentes ao trabalhador, à empresa e ao empregador, nas suas dimensões pessoais, profissionais e técnicas” e operar uma “substancialização teleológica de relevo”⁹⁹.

97 Na perspectiva estritamente civilista, conforme faz salientar, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações* – I (15.ª ed.), Almedina, Lisboa, 2020, 119 ss., importa considerar os deveres secundários com prestação autónoma complementar, ou que, de outra perspectiva, emergem em sua substituição, os designados deveres secundários com prestação autónoma substitutiva, e ainda os deveres laterais ou acessórios de conduta, impostos pela boa fé, conforme o n.º 2 do artigo 762.º do CC (*em simile*: o n.º 1 do artigo 126.º do CT), tendo em vista a realização do fim do contrato. É no âmbito dos deveres laterais ou acessórios de conduta que se autonomizam três (sub)categorias: os deveres de proteção, de informação e de lealdade. Mas estes deveres laterais não se encontram estritamente funcionalizados ao adequado cumprimento dos deveres de prestar, tendo ainda aptidão para proteger outros interesses da contraparte que digam respeito ao interesse contratual. Por isso, estes deveres podem sobreviver à invalidade do contrato ou surgirem antes da sua celebração; a sua não realização traduz uma violação contratual positiva, suscetível de desencadear o pagamento de uma indemnização por perdas e danos, ou nos casos mais graves, permite a resolução do contrato, cuja atuação por parte do empregador se reconduz ao despedimento com justa causa.

98 Assim, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, 329 e ss., que faz acentuar o papel de instância crítica da responsabilidade profissional nos contributos para a doutrina da confiança, e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II. Conteúdo, Contratos de Troca* (2007), cit., 181.

99 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, ROA 1986, 521. Como se lê no Ac. STJ de 23.11.2011 (FERNANDES DA SILVA), proc. n.º 28/06.7TTLSB.L1.S1, só a não absolutidade do dever e a correspondente graduação se compaginam com os princípios da

Sendo, por isso, claro que o dever de lealdade não se esgota nos seus dois corolários típicos: (i) a proibição de concorrência e (ii) o dever de sigilo¹⁰⁰, importa, contudo, não perder de vista que estas manifestações, formuladas por via negativa¹⁰¹, são as que mais caracteristicamente conflituam com o dever de adequação funcional do trabalhador à realização do interesse do empregador e as que, *in abstracto*, maiores prejuízos lhe podem causar, mesmo que para a sua consumação não seja exigível a verificação de qualquer prejuízo efetivo, à semelhança do que cabe entender em relação a outros corolários do dever (por exemplo: transferência de elementos sigilosos do empregador para a esfera pessoal do trabalhador¹⁰²).

Bem se compreende, por isso, que a violação deste dever consista numa infração de perigo e não de dano, cuja comissão, sem que o ordenamento português consinta a cessação do contrato por mera perda da confiança do empregador, se verifica quando o comportamento do trabalhador seja apto a gerar no empregador dúvidas sobre a idoneidade da conduta futura do trabalhador, mesmo que *de facto* não se apure qualquer prejuízo material.

Se o dever de não concorrência no decurso da situação juslaboral não se confunde com um dever de exclusividade e é, por princípio, compatível com o pluriemprego¹⁰³ - um ato integrativo de um processo de disputa de mercado, ainda que não atinando com a clientela (v.g. matérias primas, fornecedores, distribuidores, trabalhadores, etc.), é suscetível de contender com o dever específico de não concorrência¹⁰⁴¹⁰⁵ -

proporcionalidade e da equidade.

100 JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 531.

101 Retendo-se que, em geral, os deveres de lealdade visam condutas positivas e promovem diretamente o escopo almejado pelo credor.

102 Certeiramente: Ac. RI. Év. de 07.02.2012 (JOÃO NUNES), proc. n.º 238/10, lavrando-se o entendimento de que constitui justa causa de despedimento a conduta da trabalhadora que retira do seu local de trabalho para o seu correio eletrónico pessoal dados sigilosos da contabilidade do empregador.

103 PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* (2010), cit., 534-5.

104 Assim: Ac. RI. Lx. de 09.03.94 (ÁLVARO VASCO), CJ 1994, Ano XIX, T. II, 153-5 e JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho* (2007), cit., 536.

105 Tratando-se de vedação não cingível ao conceito de clientela e que apenas vincula o trabalhador (e não os seus familiares). A extensibilidade do dever de não concorrência, afora situações de fraude ou simulação,

esta ponderação é feita em razão das concretas circunstâncias do caso que podem determinar a afetação da confiança pressuposta pelo vínculo laboral (o que pode abranger atos preparatórios, desde logo em razão da criação imediata de uma condição suscetível de provocar um prejuízo)¹⁰⁶.

16. O trabalhador deve agir com franqueza, honestidade e probidade, de acordo com as coordenadas impostas pela boa fé.

Estas impõem que o trabalhador se abstenha de adotar qualquer conduta suscetível de quebrar a relação de confiança subjacente ao contrato de trabalho.

A quebra de confiança não depende da concreta existência de prejuízos, nem mesmo da existência de culpa grave do trabalhador, sendo, para o efeito, bastante, um grau moderado de culpa¹⁰⁷.

Mas qualquer infração ao dever de lealdade não pode ser analisada *ne varietur*. Ela altera-se consoante a posição hierárquica, o grau de responsabilidade que o trabalhador assuma na empresa, a antiguidade ou as funções desenvolvidas.

O dever de lealdade, substanciando uma obrigação de abstenção de qualquer comportamento que possa fazer desaparecer essa relação de confiança (enquanto *obrigação de conteúdo mais amplo*¹⁰⁸) e uma convergência de esforços com vista à satisfação dos interesses do empregador, move-se nas coordenadas impostas pelo princípio da boa fé

a familiares ou pessoas próximas do trabalhador é inaceitável, ao absolutizar a subordinação jurídica, ao desconsiderar a personalidade do vínculo e ao propender para a incorporação no objeto do contrato de trabalho de situações jus-familiares cuja verificabilidade o trabalhador não pode *de iure* impedir.

106 Menos restritivamente, ainda: JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho* (2007), cit., 537, que, dando o exemplo de constituição de uma sociedade para vir a concorrer com o antigo empregador, não o considera uma violação do dever de não concorrência. Diversamente: MARIA GIOVANNA MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milão, 2000, 79 ou ainda PAOLO CENDON, *Commentario al codice civile. Artt. 2060-2134. Lavoro subordinato*, Giuffrè, Milão, 2011, 837, que, no exemplo figurado, entende existir uma “preordenação de um comportamento danoso para o empregador que estilhaça a fidúcia do vínculo”, algo que não existe nos casos em que há uma intenção, ainda que verbalizada, de concorrer com o empregador (838).

107 Ac. STJ de 08.03.23 (RAMALHO PINTO), proc. n.º 17436/20.3T8LSB.L1.S1, www.dgsi.pt.

108 JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, 1991, 140 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil* (1997), cit., 605-6.

- com expressão no art.º 126.º -, atendendo ao “esquema de interesses em que se move o contrato de trabalho”¹⁰⁹ e à especial confiança exigida pela natureza da relação.

Isto significa que uma organização de tendência pode controlar os comportamentos que um trabalhador adstrito a uma atividade de tendência assume na sua vida privada? A resposta não pode deixar de ser negativa.

Impondo-se arredar qualquer confusão sobre o controlo que a atividade laboral há de consentir da vigilância sobre o trabalhador *quale*¹¹⁰, não se pode extrair do contrato de trabalho uma renúncia por parte do trabalhador às suas liberdades pessoais, mas tão somente um compromisso de respeito pela orientação da organização. E tal pode, naturalmente, implicar que este se abstenha de manifestar, de forma pública, opinião contrária à tendência associada ao empregador. O direito à liberdade de expressão remanesce intacto, mas é limitado no tempo e nas circunstâncias da sua atuação.

No fundo, isso mais não será do que a não assunção de comportamentos passíveis de criar situações de perigo ou mesmo de dano para o interesse do empregador e da organização¹⁴⁴, já que o dever de lealdade implica uma “obrigação de abstenção por parte do trabalhador de qualquer comportamento suscetível de colocar em crise a relação de confiança que deve pautar as suas relações com o empregador, enquanto corolário da boa-fé contratual”¹¹¹.

17. Nesta sequência, e tratando do uso de véu no trabalho, o TJUE pronunciou-se, em vista da interpretação da al./a do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva 2000/78/CE, no quadro de um litígio que opôs *Samira Achbita* e o *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* (Centro para a igualdade de oportunidades e luta contra o racismo) à *G4S Secure*

109 ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Reflexões acerca da boa fé na execução do contrato de trabalho”, *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias* (org. António Moreira), Almedina, Coimbra, , 121.

110 Nestes exatos termos: UMBERTO ROMAGNOLI, “Il diritto del lavoro nell’età della globalizzazione”, *Lavoro e Diritto* 2003, n.º 4, 570, que acrescenta a necessidade de um “compromisso entre a exigência da empresa (eficiência, produtividade, competitividade) e a salvaguarda dos valores humanos (dignidade, segurança, liberdade) de que é portador o fator trabalho”.

111 Ac. STJ de 08.03.23 (RAMALHO PINTO), proc. n.º 17436/20.3T8LSB.L1.S1, www.dgsi.pt.

Solutions NV (a seguir «G4S»), uma sociedade com sede na Bélgica, relativamente à proibição imposta pela G4S aos seus trabalhadores de usar no seu local de trabalho sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas e praticar quaisquer rituais relativos a essas convicções¹¹².

Frisando que a vontade de manter, nas relações com os clientes quer públicos quer privados, uma política de neutralidade política, filosófica ou religiosa deve ser considerada legítima (§ 37)¹¹³ e que o facto de se proibir aos trabalhadores o uso visível de sinais de convicções políticas, filosóficas ou religiosas é apto a garantir a boa aplicação de uma política de neutralidade, caso essa política seja verdadeiramente conduzida de uma forma coerente e sistemática (§ 40)¹¹⁴, o TJUE exigiu que:

- (i) se verificasse se a G4S tinha instituído, anteriormente ao despedimento de *S. Achbita*, uma política geral e indiferenciada de proibição do uso visível de sinais de convicções políticas, filosóficas ou religiosas quanto aos membros do seu pessoal que contactam com os seus clientes;
- (ii) se indagasse se essa proibição se limita ao estritamente necessário, *in casu*, verificando se a proibição do uso visível de qualquer sinal ou vestuário suscetível de ser associado a um credo religioso ou a uma convicção política ou filosófica abrange unicamente os trabalhadores da G4S que se relacionam com os clientes e
- (iii) atribuir ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no que se refere à recusa de uma trabalhadora como *S. Achbita* em renunciar ao uso do lenço islâmico no exercício das suas atividades profissionais junto de clientes da G4S (atendendo aos condicionamentos inerentes à empresa, e sem que esta tivesse de supor-

112 Ac. TJUE de 14.03.2017, *Samira Achbita /Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C157/15ECLI:EU:C:2017:203.

113 Contextualizando essa passagem no artigo 16.º da CDFUE e reforçando que a interpretação segundo a qual a prossecução desse objetivo permite, dentro de certos limites, restringir a liberdade de religião é corroborada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao artigo 9.º da CEDH: Ac. TEDH, de 15.01.2013, *Eweida e outros c. Reino Unido*: CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94.

114 Já antes: este sentido, Ac de 10.03. 2009, *Hartlauer*, C169/07, EU:C:2009:141, § 55, e de 12.01. 2010, *Petersen*, C341/08, EU:C:2010:4, § 53.

tar um encargo suplementar), teria sido possível à G4S, face a essa recusa, propor-lhe um posto de trabalho que não implicasse contacto visual com esses clientes, em vez de proceder ao seu despedimento¹¹⁵.

Em suma, se o facto de a proibição constituir uma norma não escrita pode levar a diferenças no tratamento e de abuso por parte do empregador, é de exigir que ela seja seguida de forma “coerente e sistemática” e, além disso, “limitada ao estritamente necessário”, enquadramento que implica ter em consideração a possibilidade de manter um trabalhador numa função desprovida de contacto com clientes antes de o despedir.

Na mesma linha, agora no caso *Bougnaoui et ADDH c. Micropole Univers* (14.03.2017), o TJUE exige uma certa objetividade, acrescentando que “a disponibilidade de um empregador para satisfazer os desejos de um cliente que não se sente seguro em ser atendido por um trabalhador que usa o véu islâmico não deve ser considerada um requisito profissional essencial e decisivo no sentido da referida disposição»¹¹⁶.

Depois de ter confirmado que neste caso se trata de uma “ordem oral” relativa a “um sinal religioso específico” (exclusivamente o véu islâmico), o Supremo Tribunal francês conclui que, nesta hipótese, de acordo com o Ac. do TJUE, a disponibilidade manifestada pelo empregador

115 Mais referindo que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, atendendo a todos os elementos dos autos, ter em conta os interesses presentes e limitar as restrições às liberdades em causa ao estritamente necessário (§ 43), o TJUE declarou que (i) o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, deve ser interpretado no sentido de que a proibição de usar um lenço islâmico, que decorre de uma regra interna de uma empresa privada que proíbe o uso visível de quaisquer sinais políticos, filosóficos ou religiosos no local de trabalho, não constitui uma discriminação direta em razão da religião ou das convicções, na aceção dessa diretiva; (ii) em contrapartida, essa regra interna de uma empresa privada é suscetível de constituir uma discriminação indireta na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2000/78 se se demonstrar que a obrigação, aparentemente neutra, que prevê implica, de facto, uma desvantagem específica para as pessoas que seguem uma determinada religião ou determinadas convicções, exceto se for objetivamente justificada por um objetivo legítimo, como a prossecução por parte do empregador, nas suas relações com os seus clientes, de uma política de neutralidade política, filosófica e religiosa, e se os meios para realizar esse objetivo forem adequados e necessários, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

116 Ac. TJUE de 14.03.2017, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole Univers*, C-188/15, § 41: ECLI:EU:C:2017:204.

para responder aos desejos de determinados clientes não podia ser considerada um requisito essencial e decisivo, razão pela qual se estava perante uma discriminação injusta, enquanto tal imputável à empresa francesa¹¹⁷.

18. Mas foi no caso que opôs *Vera Egenberger* à *Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* («Evangelisches Werk»), a respeito de um pedido de indemnização apresentado pela primeira em razão de uma discriminação com fundamento na religião de que alega ter sido vítima no âmbito de um processo de recrutamento, que o TJUE definiu com especial nitidez os critérios gerais de aplicação do artigo 4.º da Diretiva 2000/78¹¹⁸.

Lá onde a oferta de emprego previa que “é exigida a pertença a uma igreja protestante ou a uma igreja evangélica membro da comunidade de trabalho das Igrejas Cristãs na Alemanha e a identificação com a missão diaconal” e já depois de *Vera Egenberger* ter ganho a ação judicial no *Arbeitsgericht Berlin* pelo facto de ter sido excluída do processo de contratação¹¹⁹, a questão de saber se uma igreja pode decidir por si própria a existência de uma “exigência profissional essencial, legítima e justificada” mereceu resposta negativa.

117 Ac. n.º 2484 de 22.11.2017 (13-19.855), ECLI:FR:CCASS:2017:SO02484.

118 PIERANGELA FLORIS, “Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019, n.º 12, 9 e ss. (1-32).

119 O *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Federal do Trabalho) submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais: 1) Deve o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva [2000/78] ser interpretado no sentido de que uma entidade patronal como a demandada no presente processo – ou a Igreja por ela – pode determinar ela própria, de modo vinculativo, se uma determinada religião de um candidato, atenta a natureza da atividade ou o contexto da sua execução, constitui um requisito profissional essencial, legítimo e justificado no âmbito da sua ética? 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão: Deve deixar de ser aplicada num litígio como o do caso vertente uma disposição do direito nacional, como, neste caso, o § 9, n.º 1, primeira alternativa, da AGG [...], segundo a qual um tratamento diferente no emprego pelas comunidades religiosas e pelas instituições que tutelam em razão da religião também é permitido quando uma determinada religião, tendo em conta a identidade desta comunidade religiosa à luz do seu direito de autodeterminação, constitui uma exigência profissional justificada? 3) Em caso de resposta negativa à primeira questão: Quais os requisitos que devem ser impostos à natureza da atividade e ao contexto da respetiva execução como requisitos profissionais essenciais, legítimos e justificados no âmbito da ética da organização, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva [2000/78]?

Basicamente, porque nesse caso a igreja ou organização seria simultaneamente juiz e parte¹²⁰.

E quanto aos requisitos que podem ser impostos, enquanto requisitos profissionais? Aí, segundo o TJUE, é de exigir uma ligação direta entre a exigência profissional imposta pelo empregador e a atividade em causa. Essa ligação pode surgir da natureza da atividade ou das condições em que a referida atividade é desenvolvida. Mas há razão para admitir uma diferença de tratamento? Qualquer diferença de tratamento baseada na religião ou nas convicções depende da existência objetivamente verificável de um nexo direto entre o requisito profissional imposto pelo empregador e a atividade em causa.

Esse nexo pode decorrer quer da natureza dessa atividade, por exemplo quando esta implica participar na determinação da ética da igreja ou da organização em causa ou colaborar na sua missão de proclamação, quer das condições em que a referida atividade deve ser exercida, como a necessidade de assegurar uma representação credível da igreja ou da organização no exterior desta (§ 63).

Assim,

- (i) a essencialidade do requisito verifica-se caso se entenda que a pertença à religião ou a adesão às convicções em que assenta a ética da igreja ou da organização em causa deve afigurar-se necessária em razão da importância da atividade profissional em causa para a afirmação dessa ética ou para o exercício por essa igreja ou por essa organização do seu direito à autonomia;
- (ii) a legitimidade do requisito exige que pertença à religião ou à adesão às convicções em que assenta a ética da igreja ou da organização em causa não seja adequada para prosseguir um fim

120 O TJUE entende, *hoc sensu*, que “o artigo 4.º n.º 2, da Diretiva 2000/78, lido em conjugação com os seus artigos 9.º e 10.º, bem como com o artigo 47.º da Carta, deve ser interpretado no sentido de que, quando uma igreja ou outra organização cuja ética seja baseada na religião ou em convicções alega, em apoio de um ato ou de uma decisão como a rejeição de uma candidatura a um emprego na mesma, que, pela natureza das atividades em causa ou pelo contexto no qual essas atividades são exercidas, a religião constitui um requisito profissional essencial, legítimo e justificado no âmbito da ética dessa igreja ou dessa organização, essa alegação deve poder, se for caso disso, ser objeto de uma fiscalização jurisdicional efetiva que exige que se garanta que, no caso concreto, estão preenchidos os critérios enunciados no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2000/78 (§59).

alheio a essa ética ou ao exercício por essa igreja ou por essa organização do seu direito à autonomia; e, por último,

(iii) a justificação do requisito convoca a demonstração, por parte da igreja ou da organização que impuseram esse requisito, de demonstrar, à luz de circunstâncias factuais do caso concreto, que o risco alegado de violação da sua ética ou do seu direito à autonomia é provável e sério, pelo que o estabelecimento deste requisito se afigura efetivamente necessário.

19. Este enquadramento foi reconvocado no caso que opôs IR a J. Q.¹²¹. A IR é uma sociedade de responsabilidade limitada de direito alemão, cujo objeto social consiste na realização, designadamente através da gestão de hospitais, das missões da Caritas (Confederação Internacional de Organizações Católicas sem Fins Lucrativos), enquanto expressão da existência e da natureza da Igreja Católica Romana. A IR não prossegue fins lucrativos a título principal e está sujeita à supervisão do arcebispo católico de Colónia (Alemanha).

Por seu turno, JQ é católico e médico de formação, trabalhando desde 2000 na IR como chefe do serviço de medicina interna de um hospital, com base num contrato de trabalho celebrado com fundamento no GrO 1993. JQ era casado segundo o rito católico. A sua primeira mulher separouse dele em 2005 e o divórcio foi decretado em março de 2008. No mês de agosto de 2008, JQ contraiu um casamento civil com a sua nova companheira, sem que o seu primeiro casamento tenha sido anulado. Tendo tomado conhecimento deste novo casamento, a IR despediu JQ por carta, com este a interpor recurso desse despedimento no *Arbeitsgericht* (Tribunal do Trabalho, Alemanha), alegando que o seu novo casamento não constituía um motivo válido para o referido despedimento¹²².

121 PIERANGELA FLORIS, "Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019, n.º 12, 1-32.

122 Segundo JQ, o seu despedimento viola o princípio da igualdade de tratamento, uma vez que, em conformidade com o GrO 1993, o novo casamento de um chefe de serviço de confissão protestante ou sem confissão religiosa não teria tido qualquer consequência na relação de trabalho deste último com a IR. Em contraponto, a IR alegou que o despedimento de JQ era socialmente justificado. Uma vez que este exercia funções de enquadramento na aceção do artigo 5.º, n.º 3, do GrO 1993, ao contrair um casamento

Com a solução do litígio no processo principal a depender da questão de saber se o despedimento de JQ pela IR é lícito à luz do § 9, n.º 2, da AGG¹²³, o TJUE considera que os juízes devem avaliar a qualificação dos requisitos essenciais que o empregador invoca para justificar o despedimento do médico divorciado. Embora esta avaliação seja claramente da responsabilidade do juiz que julga o mérito da causa, o tribunal entende que é necessário reiterar a necessidade de um “controlo jurisdicional efetivo” para garantir que “estão reunidos os critérios previstos no n.º 2 do artigo 4.º da referida Directiva” quanto à decisão tomada pelo hospital, relativa ao dever de lealdade do médico¹²⁴.

Segundo o TJUE, considera-se que o incumprimento da ética do casamento por parte do demandante após o seu novo casamento civil não tem qualquer relação direta com a sua atividade como médico e chefe de medicina interna. Falta, segundo o Tribunal, a necessária proximidade entre a atividade desenvolvida pelo médico católico e a sua vida privada para que possa se configurar como uma exigência profissional essencial, legítima e justificada.

A doutrina católica do casamento não corre qualquer perigo pela presença do demandante no hospital; os doentes não procuram o hospital com a expectativa de encontrarem um médico não divorciado e o hospital já havia confiado cargos semelhantes a funcionários não ca-

inválido segundo o direito canónico, violou de forma caracterizada as suas obrigações decorrentes do contrato de trabalho celebrado com a IR.

123 Nos termos do § 9 da AGG: «1. Sem prejuízo do disposto no § 8 [da presente lei], as diferenças de tratamento baseadas na religião ou em convicções são igualmente admitidas nos casos de emprego em comunidades religiosas, em instituições nestas filiadas, independentemente da sua forma jurídica, ou em associações cujo objetivo seja estar ao serviço de uma religião ou convicções, quando, tendo em conta a própria perceção da comunidade religiosa ou da associação, uma religião ou uma convicção determinadas constituam um requisito profissional justificado atendendo ao direito à autodeterminação [da comunidade religiosa ou da associação] ou atendendo à natureza das suas atividades. 2. A proibição de diferenças de tratamento em razão da religião ou das convicções não afeta o direito das comunidades religiosas referidas no n.º 1, das entidades que lhes estão afiliadas, qualquer que seja a sua forma jurídica, e das associações que tenham por missão a prática em comunidade de uma religião ou convicção, de poderem exigir aos seus empregados uma atitude de boafé e de lealdade, de acordo com a sua própria consciência.»

124 Cfr. MARIA MORENO ANTÓN, “De nuevo el artículo 4.2 de la directiva europea 2000/78 y la autonomía confesional en Alemania: la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2018, Asunto C68/17, IR/JQ”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 2018, n.º 48, 1-13.

tólicos (a adesão a essa concepção do casamento não se afigura necessária para a afirmação da ética da IR tendo em conta a importância das atividades profissionais exercidas por JQ, isto é: a prestação, em meio hospitalar, de aconselhamento e cuidados médicos, bem como a gestão do serviço de medicina interna do qual era chefe.)¹²⁵.

Se o aspeto relevante, na perspetiva de quem procura o hospital, está na existência de um internista competente que trabalhe num serviço bem organizado, não há qualquer violação do dever de lealdade por parte de J. Q.¹²⁶. Justamente porque a adesão a essa concepção do casamento não se afigura necessária para a afirmação da ética da organização, não sendo, por isso, requisito essencial da atividade profissional.

20. Na essência, o TJUE comprime o direito à autonomia das organizações de tendência, exigindo que estas provem a existência de uma ligação entre a atividade realizada e a tendência, já que o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação baseada em diversos motivos, entre os quais figuram a religião ou as convicções. O mesmo é dizer: perante a necessidade de salvaguardar a proibição de discriminações, qualquer diferença de tratamento, em termos de exigências de uma atitude de boafé e de lealdade para com a ética da organização, entre trabalhadores que ocupam lugares de enquadramento, em função da sua religião ou da inexistência de confissão religiosa, só é conforme com a Diretiva se, tendo em conta a natureza das atividades profissionais em causa e o contexto em que estas são exercidas, a religião ou as convicções constituírem uma exigência profissional que é essencial, legítima e justificada tendo em conta a ética da organização em causa, e conforme com o princípio da proporcionalidade.

125 Aspeto importante, embora tratado *inter alia*, reside no *tertium comparationis*, registando-se que lugares de responsabilidade médica que comportam funções de enquadramento, análogas àquele que era ocupado por JQ, foram confiados a empregados da IR que não eram de confissão católica e que, portanto, que não estavam obrigados à mesma exigência de atitude de boafé e de lealdade para com a ética da IR.

126 Seguindo a mesma lógica, teria havido uma maior proximidade entre a atividade profissional e a vida privada do demandante se o seu trabalho consistisse, por exemplo, na investigação ou no ensino da ética católica do casamento.

Cabendo ao órgão jurisdicional nacional verificar se tal sucede, incumbe, a montante, a quem se quer prevalecer dessa diferenciação provar que ela é conforme com o n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva 2000/78 - demonstrando *hoc sensu* que os critérios aí previstos estão satisfeitos -, uma vez que, no caso, o empregador não pôde decidir que os trabalhadores que exercem funções de enquadramento ficavam sujeitos a exigências de uma atitude de boafé e de lealdade para com essa ética distintas em função da confissão religiosa ou da inexistência de confissão religiosa desses trabalhadores.

21. Sob esse ponto de vista, a parametrização estabelecida pelo TJUE quanto à necessidade de o empregador provar que a religião ou as convicções constituem uma exigência profissional que é essencial, legítima e justificada tendo em conta a ética da organização em causa e atividade exercida pelo trabalhador parece mais exigente do que o fio condutor que tem guiado os juízes de Estrasburgo na apreciação de situações valorativamente similares.

Temos para nós que, em regra, qualquer limitação aos comportamentos que o trabalhador pode assumir fora do âmbito de execução do contrato de trabalho deve ser excecional e, sem que evidenciem admissíveis proibições genéricas e apriorísticas, objeto uma análise casuística, mesmo que estejamos na presença de uma organização de tendência.

Por princípio, qualquer restrição a um direito fundamental do trabalhador e a correlativa qualificação como infração disciplinar e subsequente sancionabilidade só serão possíveis caso o trabalhador considere publicamente um compromisso assumido. E, como *plus*, essa asunção tem de se revelar virtualmente apta a obstar ao desenvolvimento da atividade de tendência prosseguida pelo empregador, lesando, ainda que apenas no plano reputacional, a sua imagem¹²⁷.

O TEDH sempre foi enfático quanto à contextualização do direito dos trabalhadores (i) a prosseguirem a sua vida profissional, (ii) a verem garantido o respeito pela sua vida familiar e (iii) a viverem a (sua) vida

127 Lesão que, carecendo de identificabilidade externa, terá de ser aferida objetivamente, não se bastando com percepção do empregador quanto à sua ocorrência.

familiar da forma que considerem adequada no artigo 8.º da CEDH¹²⁸.

E embora não extraia do artigo 8.º da CEDH um direito geral ao emprego, foi reiterando amiúde que “vida privada” consubstancia um termo amplo, insuscetível de uma definição exaustiva¹²⁹, sem, no entanto, deixar de firmar que seria demasiado restritivo limitar a noção de “vida privada” a um “círculo íntimo” no qual o indivíduo pode viver a sua vida pessoal como entender, e excluir integralmente dele o *mundo exterior* não abrangido por esse círculo¹³⁰.

O problema coloca-se na interseção entre comportamentos privados, que estão para lá da execução do contrato de trabalho, e a afetação de interesses do empregador, os quais, ainda que reflexamente, são aptos a lograr projeção no esquema funcional do contrato de trabalho *in situ*, já que, de acordo com o TEDH, não existe qualquer razão de princípio que justifique que a noção de “vida privada” seja considerada excluída das atividades profissionais¹³¹.

Por isso, as restrições à vida profissional de uma pessoa, de um cidadão-trabalhador, podem ser abrangidas pelo artigo 8.º da CEDH quando têm repercussões na forma como ele ou ela constrói a sua identidade social através do desenvolvimento de relações com os outros.

Segundo o TJUE, com saliência para o caso *Özpinar c. Turquia* (2010)¹³², a vida profissional está muitas vezes intrinsecamente ligada à vida privada, especialmente se os fatores relacionados com a vida privada, no sentido estrito do termo, forem considerados como critérios de qualificação para uma determinada profissão. Tal significa que a vida profissional faz parte da zona de interação entre uma pessoa e outras que, mesmo num contexto público, pode ser abrangida pelo âmbito da

128 Entre outros, cf. Ac. TEDH, 12.06.2014, *Fernández Martínez c. Espanha*, CE:ECHR:2014:0612JUD005603007, § 108.

129 Ver, entre outros, Ac. *Schüth c. Alemanha* de 23.09.2010 (n.º 1620/03), ECHR 2010; § 53, ECLI:CE:ECHR:2010:0923JUD000162003.

130 Ver Ac. TEDH, 12.06.2014, *Fernández Martínez c. Espanha*, CE:ECHR:2014:0612JUD005603007, § 109; e Com. EDH *Niemietz c. Alemanha*, 05.04.1990 (n.º 13710/88), § 29, ECLI:CE:ECHR:1991:0529REP001371088

131 Ver Ac. *Bigaeva c. Grécia* de 28.05.2009 (n.º 26713/05), § 23, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-1529> e Ac. *Oleksandr Volkov v. Ucrânia* de 09.01.2013 (n.º 21722/11), §§ 165-67, ECLI:CE:ECHR:2013:0109JUD002172211.

132 Ler Ac. *Özpinar c. Turquia* de 19.10.2010 (n.º 20999/04), §§ 43-48, ECLI:CE:ECHR:2010:1019JUD002099904.

“vida privada”¹³³.

Foi assim que, de acordo com estas premissas, o TJUE no caso *Travas c. Croácia*, ao considerar que a interação entre a vida privada *stricto sensu* e a vida profissional era especialmente notória, entendeu que essa ligação direta entre a conduta da pessoa na vida privada e as suas atividades profissionais existia, não censurando o despedimento de Travas, que sendo professor de educação religiosa, se tornou leigo, e que, após o divórcio, voltou a casar civilmente.

Fê-lo, levando em conta o acordo especial entre o Estado e a Igreja Católica sobre o ensino da educação religiosa católica, e colacionando a possibilidade de Travas procurar outro emprego no sistema educativo, lecionando cursos de ética e cultura. Isto, apesar de em momento algum se haver questionado que o ensino não estava em conformidade com a doutrina oficial da Igreja, e ainda, ao contrário da situação que envolveu o sobreanalisado caso *Fernández Martínez* (2014) não obstante a situação pessoal de Travas não ser do conhecimento público.

Em situações com esta morfologia, o TEDH tem entendido que, para que uma religião continue a ser credível, a exigência de um dever de lealdade acrescido pode dizer respeito também a questões relativas ao modo de vida dos professores de religião¹³⁴.

22. O estilo de vida pode ser uma questão particularmente importante quando a natureza da atividade profissional resulta de um *ethos* fundado na doutrina religiosa destinada a reger a vida privada e as crenças pessoais dos seus professantes, enquadramento que em, linha (quase) contínua, tem sido seguido no que respeita aos professores de educação religiosa católica e dos preceitos da religião católica¹³⁵.

Embora com cambiantes, isso aconteceu no caso *Siebenhaar c. Alemanha* (2011)¹³⁶ – com o TEDH a fazer prevalecer o direito de autono-

133 Ver Ac. TEDH, 12.06.2014, *Fernández Martínez c. Espanha*, CE:ECHR:2014:0612JUD005603007, § 110.

134 Ac. TEDH, 12.06.2014, *Fernández Martínez c. Espanha*, CE:ECHR:2014:0612JUD005603007, § 138.

135 A exigência de um dever de lealdade acrescido, destinado a preservar a credibilidade da Igreja, convoca, portanto, uma tarefa delicada no que respeita à experimentação de uma distinção clara entre o comportamento pessoal do requerente e as exigências relacionadas com a sua atividade profissional.

136 Ac. TEDH *Siebenhaar v. Germany* de 03.02.2011 (n. 18136/02), ECLI:CE:ECHR:2011:0203JUD001813602.

Num jardim de infância alemão (*Kindergarten*), uma professora pertencente a uma paróquia protestante

mia da empresa e a acentuar o respeito pela tendência religiosa (§44) –, apesar de a proteção da vida privada e familiar dos trabalhadores não poder ser esvaziada de conteúdo útil, pois, como bem se salientou no caso *Schüth*, o dever de lealdade para com o empregador não pode ter como consequência limitar o direito à vida privada além de um certo limite e afetar o “próprio cerne” do direito.

No caso de uma separação ou de um divórcio, se o trabalhador pudesse ser forçado a “viver em abstinência” o próprio cerne do seu direito seria afetado (*Schüth*, § 71); e, caso se admitisse em tais circunstâncias o despedimento, além de a essência do direito à intimidade da vida privada ser afetada, convocar-se-ia uma “clericalização” do estatuto jurídico civil de um trabalhador sem qualquer suporte atendível (*Lombardi Vallauri*, § 132¹³⁷).

Sem prejuízo, os casos alemães *Obst*¹³⁸ e *Schüth*¹³⁹ (2010), cujo desfecho ocorre(u) no mesmo arco temporal, oferecem leitura diversa, já que o TEDH, perante dois casos de despedimento (respetivamente) numa comunidade mórmon e numa paróquia católica, após adultérios e relações extraconjugais, conformou-se com perspectiva de que a alegada violação do dever de fidelidade conjugal se mostrava, enquanto tal, incompatível com a doutrina da respetiva religião e com as exigências sinalizadas pelos empregadores.

Mesmo que tais comportamentos não tenham logrado cobertura mediática ou repercussão pública significativas, fê-lo, admitindo que o dever de lealdade assumido pelos trabalhadores pode, dentro de certos limites, implicar uma restrição ao seu direito à reserva da vida privada.

Sem considerar que o artigo 8.º da CEDH foi violado, sortiu-se, para o efeito, das razões ou valores que subjazem aos direitos em conflito (e

escondeu o seu envolvimento ativo noutra religião (chamada “a igreja universal”), na qual apareceu como pessoa de contacto. *Siebenhaar*, que era responsável pela formação de crianças de tenra idade, tinha inclusivamente programado um curso organizado por este grupo nas instalações do jardim de infância. Os juízes de Estrasburgo consideraram que, sob pena de se trair as legítimas expectativas dos pais e de prejudicar a identidade e a credibilidade da escola, esta tarefa exigia que as crianças recebessem explicações conforme à doutrina da religião protestante, que nestas condições não podia, de forma alguma, ser garantida (§ 44).

137 Ac. *Lombardi Vallauri* Italy de 20.10.2009 (n.º 39128/05), §§ 51-56, ECLI:CE:ECHR:2009:1020JUD003912805.

138 Ac. TEDH *Obst c. Alemanha* de 23.12.2010 (n.º 425/03): ECLI:CE:ECHR:2010:0923JUD000042503.

139 Ac. *Schüth c. Alemanha* de 23.09.2010 (n. 1620/03), ECHR 2010: ECLI:CE:ECHR:2010:0923JUD000162003.

já não tanto dos direitos, enquanto estruturas deontológicas, para escalar a severidade das limitações ao direito à reserva da vida privada e, por correlação, para mensurar o âmbito do dever de lealdade) e naturalmente de algumas circunstâncias factuais (falsas declarações perante as autoridades religiosas, perspectivas *de facto* quanto ao encontro de outro emprego), lá onde o adultério só alcançou projeção extintiva sobre o contrato de trabalho porque, no entendimento dos tribunais *a quo*, a gravidade reiterativa desse comportamento aos olhos das respectivas Igrejas e a posição importante que os trabalhadores ocupavam nas mesmas os sujeitava a um *dever acrescido de lealdade*.

23. Havendo, ou devendo haver, uma ideia geral de equilíbrio ou de proporção, parece no entanto claro que o direito à autonomia das organizações de tendência cede perante a ordem pública, lá onde a orientação ideológica ou a tendência religiosa não deve poder servir de pretexto para evitar a aplicação de normas inderrogáveis, atribuindo ao empregador um meio de se esquivar às disposições de ordem pública que asseguram a proteção do interesse geral¹⁴⁰, ultrapassada que está a visão de que não há interesse coletivo (mas o interesse de cada um) e de que a ordem pública e os bons costumes podem ceder perante a autonomia privada¹⁴¹.

Ainda assim, e no que respeita à liberdade de expressão dos trabalhadores de tendência - sem que aqui haja atinência direta com o princípio da liberdade de trabalho -, merece realce o caso *Rommelfanger*, entendendo-se que, estando em causa uma eventual violação do artigo 10.º da CEDH, a lei alemã garante a existência de uma relação razoável entre as medidas que afetam a liberdade de expressão e a natureza do

140 Estando em causa a prática de hábitos ou ritos religiosos, a operacionalização desta premissa nem sempre se revela fácil, bastando pensar em normas estaduais ou em instruções organizativas que, por razões conexas com a segurança e saúde no trabalho, impõem a utilização de vestuário de trabalho difícil de conciliar com o uso de hábitos ou sinais religiosos (véu, turbante, niqab...). No conhecido caso *Lautsi c. Itália*, o TEDH, em 18.03.2011, considerando que se trata não só de elementos religiosos, mas também culturais que podem ser considerados símbolos "passivos", restaurou o direito de permitir crucifixos nas salas de aula de escolas públicas. Cfr. J. TEMPERMAN (dir.), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Martinus Nijhof Publishers, Leiden-Boston 2012.

141 PIETRO ICHINO, *Il Contratto di Lavoro. III*, Giuffrè, Milão, 2003, 203.

emprego, tendo em atenção a importância da questão para o empregador¹⁴².

Tratando-se de um médico, que exercia atividade num hospital católico e que reiterou publicamente declarações sobre o aborto em flagrante contradição com a posição oficial da Igreja, os juízes de Estrasburgo consideraram que a liberdade de expressão do médico deveria ceder diante da orientação ética bem estabelecida da instituição hospitalar, uma vez que o contrato limitava o exercício do direito de expressão de *Maximilian Rommelfanger*, e que essa limitação, devidamente aceite, não implicava qualquer violação da sua liberdade de expressão.

Se a jurisprudência do TEDH, e antes da CEDH, nem sempre coincide quanto aos resultados da operação de reserva imanente de ponderação dos direitos fundamentais convocados quando se perfilam organizações de tendência – sem que se possa, contudo, esquecer as diferenças de raios decisórios e a diversidade da parametrização normativa subjacentes à intervenção das duas instâncias –, é essencial ter presente que essa divergência é muitas vezes aparente e aparece ditada pela experimentação de limites casuísticos, cuja definição, mesmo sem fazer apelo ao paradigma metodológico imposto pelo abuso do direito, transporta uma interseção entre as dimensões deontológica e axiológica que implica uma descoberta do direito do caso concreto necessariamente restritiva da razão da norma atributiva do direito.

Sem a razão da norma não há razão do caso, mesmo que, em abstrato, (i) se afigure essencial salvaguardar o conteúdo dos direitos cuja fruição plena é incompatível e garantir a sua harmonização e (ii) se assumamos que a inserção dos trabalhadores numa organização de tendência implica uma ‘modalização’ do exercício dos seus direitos que não deve estender-se para lá do estrito conteúdo necessário da relação de trabalho¹⁴³.

142 Com. EDH, *Rommelfanger c. Alemanha* de 06.12.1989 (n.º [12242/86](#)), ECLI:CE:ECHR:1989:0906D EC001224286.

143 DE VAL TENA, “Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo” (1994), cit., 190.

V. A liberdade de trabalho e o pluriemprego

24. A liberdade de trabalho corresponde a um princípio que compreende múltiplas refrações normativas, fundando um conjunto de faculdades jurídicas primárias e com diferentes graus de concretização.

Associada a outros direitos – como o direito ao trabalho –, ou sem autonomia em relação à liberdade de comércio e indústria, o princípio da liberdade de trabalho encontra a sua base imediata nos artigos 47.º da CRP e 58.º da CRP¹⁴⁴.

O sentido primeiro da liberdade de trabalho está, antes do mais, (i) na possibilidade de os cidadãos decidirem livremente desenvolver ou não um trabalho, traduzindo, atenta a dimensão pessoalíssima da atividade implicada, o trabalho como o resultado de uma decisão livre e consciente, e (ii) na correlativa proibição de trabalho obrigatório ou forçado, de há muito densificada na Convenção n.º 29 da OIT sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório (1930).

Para o que ora interessa, o direito ao trabalho e a livre escolha de trabalho e de profissão conformam a possibilidade de o trabalhador exercer mais do que uma atividade remunerada¹⁴⁵: “a celebração de um contrato de trabalho não implica a alienação, a favor do empregador, de toda a força de trabalho do trabalhador”, e, por isso, “o trabalhador não perde a legitimidade para exercer outras ocupações profissionais, inclusive recorrendo à celebração de contratos de trabalho laterais”¹⁴⁶.

Assim, por princípio, qualquer restrição à possibilidade de o trabalhador exercer outra atividade só é concretizável através de um pacto de exclusividade. Nesse caso, estando envolvido um direito de personalidade (a liberdade de trabalho¹⁴⁷), a limitação assumida pelo

144 Por todos: JORGE MIRANDA, “Liberdade de trabalho e profissão”, RDES 1986, n.º 2, 145-162.

145 Ainda: HARALD SCHLIEMANN & REINER ASCHEID, *Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlim, 2002, 9, e, entre nós, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* (10.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2022, 654-5. O princípio genérico da cumulação de atividades foi expressamente firmado pela jurisprudência francesa ainda na década de 70 do século passado: Cass. Soc. 14.06.1979, D. 1980, 96.

146 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1997, 549.

147 Sobre a caracterização da liberdade de trabalho como um direito de personalidade, cfr. entre vários, COSTANTINO MORTATI, - “Il lavoro nella Costituzione”, *Il Diritto del Lavoro*, vol. XXVIII, Roma, 1954, 150 (148-198) e MANLIO MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffré, Milão, 1956, 57; entre nós, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 278 e JOÃO PACHECO DE

trabalhador é revogável a todo o momento.

O quadro genérico encontra-se nos artigos 81.º (n.º 1) e 280.º do CC, dos quais se reassuma a possibilidade de uma limitação dos direitos de personalidade ser lícita quando não for contrária aos princípios da ordem pública ou a outros preceitos legais (v.g. artigo 2232.º do CC)¹⁴⁸ – trata-se, em rigor, de uma limitação ao seu exercício –, podendo, então, ser objeto de um negócio jurídico¹⁴⁹, sendo necessário, para tanto, que não colida com aquela “síntese congregadora de características e exigências jurídico-normativas, móveis na sua intensidade e conjugação”¹⁵⁰ que visa assegurar os pilares fundamentais do sistema¹⁵¹.

Isto, num contexto mais vasto em que, face aos interesses tutelados, os trabalhadores estão impedidos de proceder convencionalmente a uma *reformatio in pejus* do sistema de proteção legal da sua liberdade de trabalho¹⁵².

AMORIM, “Liberdade de Profissão e Direito ao Trabalho: contributo para uma distinção entre duas figuras afins”, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, Almedina, Coimbra, 2007, 115.

148 Determinando-se a ilicitude de condições de residir ou não residir em certo local ou prédio apostas a liberalidades, como refere CARLOS A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (3.ª ed.), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, 213, procura-se salvaguardar a liberdade de deslocação, não obstante as condições apenas a entravarem indiretamente através de uma pressão psicológica.

149 Assim: PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 527 e, na jurisprudência, entre vários: Ac. STJ de 25.09.2003 (OLIVEIRA BARROS), proc. n.º 03B2361.

150 MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no domínio dos contratos”, *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II- Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 262.

151 Díez-PICAZO, “Notas sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho* 2001, n.º 45, 134 e, entre nós, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), cit., 118 e ss..

152 Garantindo-se, *hoc sensu*, que este direito fundamental é preservado. Esta proibição estende-se, naturalmente, a outros direitos fundamentais, como a segurança do emprego, atinando com o regime legal que concretiza o artigo 53.º da CRP. Assim, não oferece dúvidas o juízo de invalidade que há de recair sobre pactos que determinem um afrouxamento da noção de justa causa que se exige para a resolução do contrato por banda do empregador (vulgo despedimento), como sucede patentemente com acordos que, procedendo *in abstracto* a uma recondução automática dos comportamentos do trabalhador a qualquer das alíneas do n.º 3 do artigo 351.º, acabam, na prática, por configurar uma demissão antecipada do trabalhador, ao associarem, por via de uma inserção mecânica do facto real no tipo legal, um efeito desvinculativo à prática voluntária de determinado facto.

25. Embora, após a Lei n.º 13/2023, de 03.04, se tenham criado folgas para dúvidas com a nova redação do artigo 129.º do CT acerca da subsistência deste quadro dual (lei ou convenção *ad hoc*) quanto à proibição de outras atividades profissionais (por conta própria ou alheia), os pactos de exclusividade conservam a sua função.

Atentas as suas notas definitórias, os pactos funcionam como o veículo contratualmente apto ao enquadramento de toda e qualquer restrição à liberdade de trabalho no decurso do contrato de trabalho, não se atendo à exclusividade *stricto sensu*. Tal significa que a proibição de exercício de outra atividade específica, sem que trate necessariamente da proibição de exercício de toda e qualquer atividade, encontra resguardo nos pactos de exclusividade, determinando a aplicação do respetivo regime¹⁵³.

Em geral, o exercício de uma atividade laboral em exclusividade aparece conformado por políticas estaduais relativas à dinamização do mercado ou recortadas a partir do grau de responsabilidade, de transparência ou do nível de dedicação que determinadas profissões exigem.

A possível verificação de conflitos de interesses concorre também, em determinados sectores de atividade, para o estabelecimento de limitações quanto ao exercício de outras funções remuneradas. Visa-se, em atenção à função social de certas profissões, evitar situações que possam traduzir-se em falta de independência, de dignidade profissional ou de isenção no exercício do respetivo *múnus*.

Admite-se, assim, que, sem exaustividade, digam respeito à segurança pública, às exigências demandadas pelas condições de exercício de uma atividade específica¹⁵⁴ ou mesmo ao esconjuro de situações

¹⁵³ Operando esta recondução, cfr. também STEVE GILSON & FRANCE LAMBINET, *Découvrir le droit du travail 2021-2022*, Anthemis, Bruxelas, 2021, 346. Entre nós: JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, 502 e ss. e JOANA NUNES VICENTE, "Pactos de limitação à liberdade de trabalho", AAVV: *Direito do Trabalho – Relação Individual*, 2.ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2023, 756-7.

¹⁵⁴ Em exemplo, veja-se a listagem recolhida no ordenamento italiano por GIUSEPPE PERA, "Professione e lavoro (libertà di)", *Enciclopedia del Diritto XXXVI*, Giuffrè, Milão, 1987, 1034-5 e a jurisprudência da Corte Constitucional italiana contida em SERGIO BARTOLE & ROBERTO BIN, *Commentario breve alla Costituzione* (2.ª ed.), Cedam, Milão, 2008, 43. Identicamente, avançando com os requisitos necessários às funções de enfermagem, MARTINA WEBER, *Arbeitsrecht für Pflegeberufe: Handbuch für die Praxis*, Verlag W. Kohlhamer, Estugarda, 2007, 184 e, entre nós, considerando em amostra que "as restrições ao exercício da profissão

fraudatórias ou de conflito de interesses (v.g. exclusividade e incompatibilidades¹⁵⁵).

VI. A insusceptibilidade de proibições unilaterais

26. A exclusividade laboral, para que seja reconhecida pelo sistema, implica a existência de um interesse do empregador relevante e digno de proteção (não um interesse arbitrário ou de simples conveniência) e a atribuição de uma compensação económica ao trabalhador.

Se, sempre que estejam em causa direitos fundamentais, se avança *in genere* que qualquer incidência sobre esses direitos tem de aparecer funcionalizada a um objetivo legítimo (proteção de direitos ou interesses constitucionalmente legítimos que justificam o enfraquecimento do direito restringido) e que o acordo livre da Pessoa permite justificar uma amputação consciente dos seus direitos (uma vez que esta se funda no conteúdo de autonomia próprio do direito fundamental em causa¹⁵⁶), é, contudo, pacífico que a aspiração à autodeterminação ou à autonomia pessoal que sustentam o reconhecimento de efeitos plenos à vontade manifestada por um trabalhador, atenta a *particular valoração jurídica da posição relativa que os dois sujeitos negociais ocupam*¹⁵⁷, não são pode

de técnico da construção civil encontram justificação no interesse coletivo na apresentação de projetos de construção tecnicamente idóneos”, v. Ac. TC n.º 446/91, de 28.11 (ARMINDO RIBEIRO MENDES), proc. n.º 88-0231, DR II Série, n.º 78, de 02.04.1992, 3112-9.

155 Sobre a possibilidade de desenvolvimento de atividades laborais em simultâneo ou de cumulação de profissões como corolário do princípio da liberdade de trabalho e profissão, cfr. JEAN PÉLISSIER, “La liberté du travail”, DS, 1990, n.º 1, 24 (19-26), sendo, todavia, claro que há profissões que, pela sua natureza, implicam importantes condicionamentos quanto ao pluriemprego e que aliás encontram reflexo constitucional. Sirva de exemplo, entre nós, o n.º 3 do artigo 216.º da CRP, ao dispor que “os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei”.

156 Ainda JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Volume I* (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 299 (263-337), que, nesta perspetiva, se afasta da fundamentação do poder de renúncia *lato sensu* nos princípios da dignidade da pessoa humana ou do direito ao desenvolvimento da personalidade, cuja colação se faz de forma subsidiária, isto é, sempre que haja uma posição jurídica que não encontre âmbito de proteção num direito fundamental em especial.

157 As palavras, na senda de Giugni, são de GIUSEPPE FERRARO, *Autonomia e Poteri nel Diritto del Lavoro*, Cedam, Pádua, 1992, 237.

ser absoluta num contexto relacional de subordinação¹⁵⁸.

A jurisprudência gaulesa, à luz do art. 120.2 do *Code du Travail*, faz, por isso, depender a validade dos pactos de exclusividade da existência de um interesse sério e genuíno do empregador¹⁵⁹. E, não se provando esse interesse, o acordo será inválido¹⁶⁰.

Tratando-se de uma indagação que vai atinar com a idoneidade das atividades que o trabalhador exerce ou pode exercer quanto à causação de prejuízos ao empregador – é grande o *simile* com a análise elucubrada a propósito dos pactos de não concorrência¹⁶¹ –, a tarefa do intérprete-aplicador não se desbasta na verificação desse interesse, para a qual concorre, em larga medida, a necessidade de pagamento de uma compensação ao trabalhador, já que o custo subjacente à assunção de um regime de exclusividade tem de ser devidamente compensado. Se ninguém se predispõe a assumir uma limitação que restringe sobremaneira a fruição de um direito fundamental, importa, por um lado, afastar uma limitação “a troco de nada” (ainda a leitura do Direito do trabalho como um *Direito de equilíbrio*¹⁶²) e, por outro, arredar a confeção de soluções que ponham em crise a base consensual da relação autónoma gerada por um pacto de exclusividade e que, direta ou indiretamente, distorçam o equilíbrio sinalagmático necessariamente subjacente.

Não havendo compensação, verifica-se que, ao contrário do que sucede com um pacto de permanência, existe um custo (apenas) para o trabalhador e, por correlação, uma vantagem (exclusiva) para o empre-

158 Seguimos PASCAL LOKIEK, “L'accord du salarié”, *Droit Social* 2010, n.º 2, 141.

159 Por exemplo: Cass. Soc. 11.07.2000, n.º 98-43.240 in PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat du travail* (2.ª ed.) Liaisons, Paris, 2010, 30. Ainda: JEAN PÉLISSIER, “Pour un droit des clauses du contrat du travail a partir de l'arrêt Société Leviel”, RJS 2005, n.º 5, 501 e LÉA BENBOUAZIZ, *L'économie générale du contrat de travail*, Université Paris II Pantheon-Assas, 2011, 87.

160 A única previsão que o *Code du Travail* alberga, no que à presunção de legitimidade dos interesses tuteláveis através de um pacto de exclusividade diz respeito, encontra-se no art. L. 7313-6 (após a Ord. n.º 2007-329, de 12.03.2007), relativamente aos vendedores, representantes ou agentes comerciais em situação laboral (n.º 1). Se o contrato não for acompanhado de um acordo de exclusividade, o exercício dessas funções em benefício de outras empresas só poderá ocorrer se o empregador o autorizar, a menos que os sujeitos renunciem a essa faculdade (n.º 2). Cfr. JEAN VINCENT, *Droit des arts visuels: contrats d'auteurs*, ed. Lamy, Paris, 2010, 195.

161 Assinalando o aspeto: FRANÇOIS GAUDU & RAYMONDE VATINET, *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Paris, 2001, 179.

162 ISABELLE CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris, 2001, 140 e 486.

gador. Sem perder de vista o princípio da igualdade e uma comparação dirigida ao exterior do pacto, não faria sentido que um trabalhador sujeito um regime de exclusividade nada recebesse em razão dessa limitação, atribuindo-se tratamento idêntico, no que à (ausência de) compensação diz respeito, a um trabalhador que está no pleno gozo da sua liberdade de trabalho¹⁶³.

Isso verifica-se no âmbito do Estatuto dos Profissionais da Área da Cultura, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 105/2021, de 29.11, com o n.º do artigo 15.º a estabelecer que “(é) admitido o pluriemprego, salvo se as partes estabelecerem, por escrito, que o trabalhador realiza a sua atividade em exclusivo para um único empregador, mediante a fixação de uma compensação adequada para a prestação do trabalho em regime de exclusividade”¹⁶⁴, sem que haja razão para sufragar entendimento diferente no que diz respeito ao tipo contratual laboral de frequência média, ou seja, no que respeita à aplicação do CT¹⁶⁵.

A explicação para a compensação encontra-se na lesão infligida ao trabalhador em razão da renúncia à liberdade de trabalho¹⁶⁶.

163 Aqui, é o trabalhador quem, através da manifestação da sua vontade, consente *de iure* em não exercer *de pleno* a sua liberdade de trabalho. Fá-lo em conformidade com as exigências sistémicas que não consentem a atribuição de validade a uma declaração unilateral emitida que expresse uma vontade abdicativa em relação à sua liberdade de trabalho que esteja para lá da verificação do interesse empresarial que concorre para a sua atendibilidade e que não seja acompanhada de uma contrapartida. Aqui, no sentido conceptual de renúncia que preconizamos, e que não coincide com o acolhido na civilística, a renúncia implica a intervenção de um ou mais terceiros, distinguindo-se, nesse plano, da auto lesão.

164 Já anteriormente, no âmbito dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculo regidos pela Lei n.º 4/2008, de 07.02, o n.º 5 do artigo 11.º admitia que fosse convencionada a exclusividade desde que, além da redução a escrito, houvesse “a fixação de uma compensação adequada”. Caso contrário, os trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual podiam “celebrar contratos simultâneos com mais de uma entidade empregadora, desde que o cumprimento do objeto dos diferentes contratos não fosse incompatível por razão de horário, localização geográfica, profissional ou outra.” (n.º 6 do artigo 11.º).

165 Assim, embora não se rejeite que a compensação devida pelo empregador possa, de entre outros critérios, ser recortada a partir da antiguidade do trabalhador, ela nada tem que ver com a contrapartida devida pelo empregador em razão da execução do contrato de trabalho.

166 Assim: LOUIS-FRÉDÉRIC PIGNARRE, “Contrepartie financière de la clause de non- concurrence et des droit des obligations: jeux d’influences”, RDT 2009, n.º 3, 153 ou BENOÎT GÉNIAUT, “Clause de non-concurrence: appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie financière et pouvoir du juge”, RDT 2012, n.º 9, 489. Aliás, se no âmbito de um acordo que envolve diretamente a liberdade de trabalho é mister controlar a adequação entre o sacrifício assumido pelo trabalhador e a prestação prevista para o empregador, a convocação deste papel jurisprudencial não se deve tanto à recuperação dos princípios subjacentes ao

Estando-se perante uma autolimitação de direitos constitucionalmente garantidos que exorbita da dinâmica vicissitudinária normal de execução do contrato de trabalho – exorbitância que, em fundamento, já conduziu a *Cour de Cassation* a qualificar uma cláusula de exclusividade como uma modificação do contrato de trabalho, cuja recusa por parte do trabalhador é insuscetível de preencher o conceito de despedimento com justa causa (*licenciement motivé par son refus est dépourvu de cause réelle et sérieuse*)¹⁶⁷ –, é quase sempre omitida a indicação de uma referência à prestação que se gera a cargo do empregador com a assunção da obrigação de exclusividade por parte do trabalhador, podendo, no limite, sustentar-se a gratuitidade do acordo ou, por caminho similar, entregar-se um eventual acréscimo retributivo à autonomia privada¹⁶⁸.

Ora, todo este enquadramento é desenvolvido no pressuposto de que uma cláusula de exclusividade, face à necessidade de compensar *ex ante* o trabalhador pela não fruição plena do seu direito ao trabalho¹⁶⁹,

instituto da lesão enorme – designadamente: justiça comutativa e equilíbrio obrigacional –, quanto à socialização *in extenso* do acordo de limitação à liberdade de trabalho e aos princípios que conformam a renúncia a direitos fundamentais. Para lá da função modeladora do princípio da proporcionalidade quanto ao afastamento de desequilíbrios, é sobretudo a dimensão renunciativa da vontade projetada pelo trabalhador no acordo que vai ditar que o enfraquecimento do princípio da liberdade de trabalho resultante do pacto não vai além do que é constitucionalmente admissível, face aos limites a que o princípio da liberdade e a disponibilidade de direitos fundamentais estão sujeitos.

167 Cass. Soc. 07.06.2005 (*Sonnerat c/ Sté Scolarest*), n.º 03-42.080, Bull. civ. V, n.º 189.

168 Assumindo esta posição, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* (2010) cit., 655, que sustenta que “frequentemente a exclusividade está associada a um acréscimo retributivo (p. ex. subsídio de exclusividade), mas também, neste aspeto, vigora o princípio da autonomia privada”. É também essa a tendência no direito alemão, com a doutrina e a jurisprudência a centrarem-se na indagação dos interesses do empregador que concorrem para validade da cláusula e na proporcionalidade da limitação assumida, sem se curar da necessidade de uma compensação.

169 LUQUE PARRA, “Pactos típicos, nuevas tecnologías y relación laboral”, *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, 164, RUBIO DE MEDINA, *El pacto de permanencia en la empresa*, Bosch, Madrid, 2005, 11 e REY GUANTER, *Estatuto de los trabajadores: Comentado y con jurisprudência*, La Ley, Madrid, 2007, 297, entrevê na contrapartida uma função de compensação ao trabalhador de dano patrimonial derivado de um lucro cessante, função que todavia nos suscita dúvidas, uma vez que não existem propriamente ganhos que se frustraram ou prejuízos advenientes ao trabalhador por não ter aumentado o seu património: o exercício de uma outra atividade, afora casos circunscritos, é sempre uma eventualidade, não sendo possível afirmar-se que, por força da exclusividade, não se concretiza uma vantagem que, na ausência do pacto, se verificaria. A contrapartida atina com a titularidade de um *status* que, a manter-se, era suscetível de dar ao trabalhador o direito a um ganho, face à não compressão da liberdade de trabalho, sendo, pois, uma consequência direta dessa compressão, sem que, *summo*

implica o pagamento de uma compensação, estando, pois, afastada a sua *gratuidade*¹⁷⁰.

Se a compensação é um fator importante na valoração da atenuabilidade da autolimitação assumida pelo trabalhador, ela aparece, em fase ulterior, como um parâmetro importante na delimitação do alcance da obrigação, entrecruzando-se com o montante da retribuição auferida, com o tempo de trabalho previsto e prestado e com a dimensão material da exclusividade, num “casamento entre *compensação adequada* e o não exercício de outras atividades remuneradas” que conhece afloramentos no regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos.

27. Com a nova redação da al./k do n.º 1 do artigo 129.º do CT determina-se que o empregador não pode “obstar a que o trabalhador exerça outra atividade profissional, salvo com base em fundamentos objetivos, designadamente segurança e saúde ou sigilo profissional, ou tratá-lo desfavoravelmente por causa desse exercício”.

O (também novo) n.º 2 do mesmo preceito estabelece que “(o) disposto na alínea k) do número anterior não isenta o trabalhador do dever de lealdade previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo anterior nem do disposto em legislação especial quanto a impedimentos e incompatibilidades”.

Esta alteração encontra conforto no Direito da União Europeia, designadamente no artigo 9.º da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.06.

Com epígrafe *Emprego em paralelo*, o artigo 9.º da Diretiva estabelece que “(o)s Estados-Membros devem garantir que um empregador não proíbe um trabalhador de aceitar um emprego junto de outros em-

rigore, exista a frustração de um ganho. Esta construção é, *grosso modo*, sustentada no ordenamento transalpino para firmar a onerosidade de um *pactum de non recedendo* – assim: ALBERTO RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milão, 2004, 96 –, mas a sua razão de ser é extensível a qualquer convenção que, nas margens do sistema, opere uma limitação à liberdade de trabalho.

170 O tema é desenvolvido em JOÃO ZENHA MARTINS, “A onerosidade dos pactos de exclusividade laboral”, *Obra comemorativa dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Volume I*, 2017, Almedina, Coimbra, 691-710.

pregadores, fora do horário de trabalho estabelecido com o primeiro, nem sujeita um trabalhador a um tratamento desfavorável devido a esse facto” (n.º 1) e ainda que “(o)s Estados-Membros podem estabelecer condições para o recurso a restrições de incompatibilidade por parte dos empregadores, com base em fundamentos objetivos, como a saúde e segurança, proteção do sigilo comercial, integridade do serviço público ou para evitar conflito de interesses” (n.º 2).

Nesse quadro, embora a competência da UE no domínio da política social se limite à adoção de requisitos mínimos para uma implementação gradual (artigo 153.º do TFUE), cedo se reconheceu que a grande heterogeneidade das abordagens nacionais relativamente a quem fica(va) abrangido pela Diretiva era suscetível de conduzir ao fortalecimento das práticas de *dumping social*¹⁷¹ e à criação de mercados de dois níveis na UE¹⁷².

171 Por exemplo, embora desenvolvimentos positivos como os dos processos *Danosa* (C-232/09) e *Balkaya* (C-229/14) sugiram que os quadros superiores devem ser tratados como «trabalhadores» para efeitos das Trabalhadoras Grávidas (92/ 85/CEE) e a Diretiva sobre despedimentos coletivos (98/59/CE), uma análise comparativa mostra que as pessoas em funções de gestão não são consideradas trabalhadores na Suécia: *European Commission: REFIT Evaluation of the 'Written Statement Directive'* (91/533/EEC). SWD 205 final, Bruxelas, 6. Além disso, apesar das decisões do TJUE que exigirem que os Estados-Membros apliquem as diretivas de forma consistente em todo o sector privado e público (C-212/04, *Adeneler*; C-53/04, *Marrosu e Sardino*), na Lituânia e na Áustria os funcionários públicos não se enquadraram na definição de trabalhadores. Por último, embora os estagiários (C-229/14, *Balkaya*) e os investigadores bolseiros de doutoramento (C-94/07, *Raccanelli*) tenham por vezes sido tratados como trabalhadores para efeitos da livre circulação e das disposições em matéria de igualdade de tratamento, ainda existe um longo caminho a percorrer antes que estas e outras categorias de trabalhadores vulneráveis (ou seja, aprendizes e trabalhadores domésticos) recebam plena proteção jurídica laboral. Cfr. BARBARA KRESAL, “Enforcing the Rights of Non-standard Workers”, *Effective Enforcement of EU Labour Law* (ed. Zane Rasnaca/Aristea Koukiadaki/Niklas Bruun/Klaus Lörcher), Bloomsbury, Oxford, 2022, 291-315.

172 Como observou a Avaliação de Impacto da Comissão - European Commission: *IMPACT ASSESSMENT Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union*, SWD (2017) 478 final, Bruxelas, 30-, «onde o quadro regulamentar é fraco e irregular nos Estados-Membros [...] existe o risco de um nivelamento por baixo nas normas aplicáveis às novas formas de trabalho. [As] soluções nacionais cada vez mais divergentes e até contraditórias criam lacunas regulamentares quando vistas da perspectiva da UE, conduzindo à desigualdade na proteção dos trabalhadores e nas suas condições de vida. Eventualmente, poderá afetar a qualidade da força de trabalho, a competitividade relativa dos empregadores, das empresas e dos Estados-Membros, e o funcionamento do mercado interno da UE”.

Foi justamente para frear esta situação de monodependência dos trabalhadores em relação a um empregador, muito saliente nalguns Estados Membros – lá onde a liberdade de trabalho não logra a fundamentalidade que encontra no nosso sistema e os mecanismos de entrave ao exercício de outras atividades se encontra(va)m vulgarizados –, que a Diretiva veio proibir a utilização deste tipo de cláusulas, procurando garantir um conjunto de *direitos mínimos*.

Feito este enquadramento, importa recortar o alcance da al./k do n.º 1 do artigo 129.º do CT, cuja introdução se louva na transposição da Diretiva, a qual, em leitura literal, parece viabilizar uma proibição *ex uno latere*, podendo o trabalhador ficar impedido de exercer outras atividades sem que, para tanto, expresse a sua vontade¹⁷³.

Essa proibição é estabelecível a qualquer momento, uma vez que ela parece assentar num juízo de oportunidade desenvolvido pelo empregador, designadamente no que diz respeito à necessidade de preservação do sigilo profissional.

28. Assim, no que respeita ao sigilo profissional, será necessário não perder de vista a al./f do artigo 128.º do CT, a qual, sintetizando em termos exemplificativos o dever de não concorrência e o dever de sigilo¹⁷⁴, obriga o trabalhador a “guardar lealdade ao empregador, *nomeadamente* não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”¹⁷⁵.

A referência contida na al./k do artigo 129.º ao sigilo profissional é equívoca, desconhecendo-se se se atém ao sigilo profissional em sentido estrito ou, mais largamente, se atina, também por força do princípio da boa fé, com o dever de sigilo subjacente ao exercício de uma atividade profissional.

173 Neste sentido, cfr. JOANA VASCONCELOS, *O Contrato de Trabalho – 100 Questões*, UCP Editora, Lisboa, 2023, 78.

174 Sendo estes deveres exemplificativos, importa notar que o dever de sigilo tem um perímetro aplicativo mais alargado do que a obrigação de não concorrência, porquanto não se compadece com a divulgação de informações que, embora não sirvam a concorrência de terceiros, prejudicam o empregador.

175 Com exceção da substituição da locução “fidelidade” por “lealdade”, a redação é absolutamente idêntica à que se encontrava na al./c do artigo 14.º do Anteprojeto Pessoa Jorge.

Caso se entenda que a referência a sigilo profissional é mais restrita do que a referência ao sigilo que vai imposto ao trabalhador pela al./f do artigo 128.º do CT¹⁷⁶, cabe perguntar: qual o sentido atribuível à previsão de que o empregador pode fundamentar o dever de exclusividade num dever imposto *ex lege* e cuja violação implica responsabilidade criminal? Nenhum.

Da mesma forma, a fundamentação requerida para a imposição empresarial de um dever de exclusividade que se conforte no dever de sigilo que aflora o dever de lealdade (al./f do artigo 128.º do CT) revela-se lábil. E isso sucede uma vez que, analisando-se a bondade intrínseca ou a oportunidade da medida restritiva da liberdade de trabalho promovida pelo empregador, não há qualquer aptidão objetiva ou formal da imposição de exclusividade para operar a tutela do bem informação e, por correlação, para proteger o segredo.

Binariamente, trata-se de restringir o direito fundamental em que se consubstancia a liberdade de trabalho com fundamento num fator que convoca o direito fundamental à liberdade de expressão.

Por seu turno, no que toca à segurança e saúde do trabalhador como fundamento para se definir a exclusividade, parece acolher-se um suporte de cunho paternalista para que fique vedada a possibilidade de os trabalhadores exercerem outras atividades aptas à angariação de meios de sustento. Mas as razões que se ligam à esfera de proteção reclamada pelas regras relativas à segurança e segurança no trabalho não consentem, à partida, que estas sejam invocadas com vista ao benefício de sujeitos para os quais não se encontram predispostas. E, no limite, a sua utilização unilateral com vista à definição de uma situação de exclusividade laboral im-

176 Entre vários, v. os diplomas legais que estabelecem um dever de sigilo profissional pós-eficaz para psicólogos, veterinários, enfermeiros, advogados, notários, empregados de bancos, bolsas e sociedades financeiras e respetivos auxiliares, estagiários e secretárias, como faz notar PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (2.ª ed.), Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010, 608. Além destes, são vários os códigos deontológicos ou de conduta que, em função dos interesses tuteláveis com o exercício de determinadas profissões, consagram deveres de sigilo profissional, de que é exemplo o artigo 10.º do Código Deontológico dos Técnicos Oficiais de Contas, que estabelece que os TOC e os seus colaboradores estão obrigados ao sigilo profissional sobre os factos e documentos de que tomem conhecimento no exercício das suas funções, abrangendo-se, sem limitação no tempo, os documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo.

plicaria uma funcionalização do trabalhador a um juízo de conveniência do empregador, numa (supra)ordenação estrutural que, na assunção de que a disponibilidade do trabalhador implicada pelo contrato de trabalho não é total ou absoluta, a jurisprudência constitucional tem considerado genericamente incompatível com o valor constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁷⁷.

Na verdade, a redução da carga horária subjacente ao desenvolvimento de uma atividade laboral tem recolhido evidência empírica quanto aos efeitos benéficos no plano da saúde mental, postando-se, no modelo de frequência ordinária, como um fator que contribui para a melhoria das condições de segurança e saúde no trabalho. Mas tal não significa, nem pode significar, que, em juízo paternalisticamente orientado, se estabeleça uma correlação baseada num pressuposto de automaticidade¹⁷⁸ quanto ao não exercício de outras atividades profissionais e a tutela da segurança e da saúde do trabalhador, já que a utilização do tempo livre que está para lá de um contrato de trabalho deve continuar a pertencer aos trabalhadores, num juízo de oportunidade ou conveniência que deve remanescer como apenas seu¹⁷⁹.

Se, entre nós, a al./b do n.º 1 do artigo 59.º da CRP, em acentuação da dimensão personalística da relação de trabalho e ao arrepio de uma lógica estritamente intercambial, postula uma “organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida fa-

177 Neste sentido, sobre a insusceptibilidade de os direitos do trabalhador quedarem funcionalizados aos interesses económicos do empregador enquanto ordenação incompatível com o valor constitucional da dignidade da pessoa humana, cfr. Ac. TC n.º 581/95, de 31.10 (ASSUNÇÃO ESTEVES), procs. n.º 407/88 e n.º 134/89, DR, I Série-A, de 22.01.1996 e Ac. TC n.º 306/2003, de 25.06 (MÁRIO TORRES), proc. n.º 382/03. É com igual perspetiva que JOSÉ JOÃO ABRANTES (2012), “Sobre a Constituição e a crise do *favor laboris* em Direito do Trabalho”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda - Volume II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, refere que “a Constituição laboral portuguesa repudia de forma clara a lógica de que as exigências económicas devam obter reposta, se necessário, à custa desses direitos dos trabalhadores”.

178 Diferentemente RUBIO DE MEDINA, *El pacto de permanencia en la empresa* (2005), cit., 20-1.

179 Isto é tão mais importante quanto a atipicidade das novas formas de trabalho tem implicado uma reconfiguração das fontes de rendimento tradicionais, em que, muito por força das (novas) plataformas, o trabalho autónomo e subordinado tendem a entrecruzar-se, havendo mesmo uma estratégia assumida, embora com propósitos de fuga à malha regulativa subjacente à laboralidade verificável, das plataformas eletrónicas, designadamente no setor dos transportes e entregas, de recrutamento de trabalhadores que tenham outro emprego.

miliar”, a leitura (inversa) de que o empregador poderia, de mote próprio, proibir o trabalhador de exercer outras atividades implicaria um esvaziamento operativo do conceito “profissionalidade”, o qual, implicando uma “resubjectivização do trabalho que dimensione a relevância da carreira como propriedade do indivíduo”¹⁸⁰, se posta, desde logo, como um limite ao exercício dos poderes do empregador¹⁸¹.

Será assim, mesmo que a proibição de exercício de outras atividades não possa abranger atividades marginais ou acessórias que os trabalhadores desenvolvam ou queiram desenvolver e cujo alcance não tenha relação direta com a limitação e com a segurança ou saúde dos trabalhadores e/ou de terceiros, já que também aqui é necessário convocar a tripla e sucessiva verificação do princípio da proporcionalidade: (i) necessidade, (ii) adequação e (iii) justa medida.

Não se podendo perder de vista a inatendibilidade apriorística de uma limitação que proíba o exercício de toda e qualquer atividade para lá do contrato de trabalho em execução¹⁸², tão pouco bastará que o eventual exercício de outras atividades (em simultâneo) possa assumir relevância no plano do cumprimento pontual do trabalho – v.g. assiduidade, pontualidade ou diminuição da produtividade no cumprimento da prestação principal¹⁸³ –, sabendo-se, em fundo, que, durante o período de férias, se proíbe genericamente o exercício de outras atividades perante a funcionalização

180 Nestes termos: FAUSTA GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Nápoles, 2000, 166-7.

181 Esta delimitação opera a partir de um equilíbrio entre as aspirações do trabalhador à manutenção do seu valor profissional e as necessidades de organização e funcionamento empresarial. O conceito “profissionalidade”, tendo múltiplas irradiações, foi entre nós referido ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador”, RDES 1991, ns.º 3/4, 261 e ss., ao fundamentar o dever de ocupação efetiva na *tutela da profissionalidade* dos trabalhadores, depois de concluir pela impossibilidade de construir um dever geral de ocupar o trabalhador a partir das várias normas constitucionais, aparecendo igualmente mencionado em ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Reflexões acerca da boa fé na execução do contrato de trabalho”, V *Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, Coimbra, 2003, 124, para, ainda nesse âmbito, se referir à mensurabilidade jurisprudencial dos danos patrimoniais e não patrimoniais, em razão da violação da “tutela da personalidade e da profissionalidade”, surgidos com a não ocupação do trabalhador.

182 Na sequência de vários arestos, veja-se C. trav. Mons, 212 mars 1988, J.T.T., 1988, 160 in STEVE GILSON & FRANCE LAMBINET, *Découvrir le droit du travail 2021-2022*, Anthemis, Bruxelas, 2021, 346.

183 Assinalando igualmente o aspeto no ordenamento alemão: PETER HANAU & KLAUS ADOMEIT, *Arbeitsrecht*, Luchterhand, Munique, 2005, 218.

daquele direito à “recuperação física e psíquica do trabalhador”¹⁸⁴, com exceção das que o empregador autorize ou que, com conhecimento do empregador, o trabalhador já viesse exercendo em cumulação¹⁸⁵.

Seja como for, não será por via da imposição unilateral de um regime de exclusividade que, em razão de um simples juízo de conveniência do empregador, se alçarà subjetivamente a exclusividade aos fins do próprio contrato de trabalho, para que então, a partir desta construção, se ligue a (in) subsistência da exclusividade à permanência da relação laboral (*posteriorus*).

No limite, esta via hermenêutica, que contraria historicamente o enquadramento atinente às limitações à liberdade de trabalho, não só automatizaria a admissibilidade da exclusividade determinada pelo empregador – escusando, por conseguinte, a tarefa do intérprete-aplicador quanto à indagação concreta do interesse legítimo que viabiliza a sua validade –, como esvaziaria de sentido a figura dos pactos de exclusividade, em que a inafastabilidade do reconhecimento do direito de revogação por parte do trabalhador é essencial para isentar as cláusulas de limitação à liberdade de trabalho de censura jurídico-constitucional¹⁸⁶.

Ademais, em situação de incumprimento da exclusividade (putativamente) determinada pelo empregador, reconhecer-se-ia que este poderia criar uma nova causa de despedimento (enquadrando como ilícita uma atuação destinada a exercer a liberdade de trabalho), alargando *ipso iure* o leque de comportamentos suscetíveis de conduzir à perda de um posto de trabalho.

184 É esse o objetivo das férias como assinalam KLAUS HÜMMERICH/WINFRIED BOECKEN/FRANZ JOSEF DÜWELL, *AnwaltKommentar Arbeitsrecht: vol. I* (2008), cit., § 58, 3210 e, entre nós, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, “O direito a férias”, *Separata da Obra Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2002, 77, que associa a essa finalidade a permissão para a “realização de projetos de índole extra laboral que as jornadas de trabalho diário não consentem” ou, com igual sentido, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais* (3.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2022, 163, que aborda o ponto sob o signo das restrições implícitas ao pluriemprego.

185 Em crítica, atenta a imiscuição do empregador nas opções de vida do trabalhador, cfr. JOÃO LEAL AMADO, “Direito a férias: direito-dever ou direito subjectivo? (em torno de um caso inverídico mas verosímil)”, *Escritos Laborais*, Almedina, Coimbra, 2023, 237 e ss..

186 Assim, o Ac. TC n.º 256/04, de 14.04 (MÁRIO TORRES), proc. n.º 674/02, DR n.º 266, II Série, de 12.11.004, fazendo alusão expressa ao n.º 2 do artigo 81.º do CC. Em anotação ao aresto, v. JOÃO ZENHA MARTINS, “Pactos de não concorrência com projecção laboral”, JC 2006, n.º 9, 69-89 e com referência expressa ao sentido decisório do TC, v. Ac. STJ de 10.12.2009 (VASQUES DINIS), proc. n.º 0950625.

29. Reconhecido o interesse legítimo do empregador na definição do regime de exclusividade, e contanto que se encontrem observados determinados pressupostos (*infra*), a verificação de uma situação de incumprimento por parte do trabalhador quanto ao dever de exclusividade criado pelo empregador pode, em razão da sua morfologia, traduzir, num núcleo considerável de situações, uma violação dos deveres que pontuam o contrato de trabalho.

Eis o que sucede (i) com o desenvolvimento de atividades em horário sobreposto, ainda que parcialmente, ao das funções postuladas pelo contrato de trabalho, (ii) com o exercício de atividades concorrenciais, (iii) com a verificação de uma redução anormal de produtividade em função desse exercício concomitante ou (iv) com a correlativa comprovação de menor diligência em relação aos seus deveres profissionais.

Contudo, neste conjunto exemplificativo de situações, que atina, só por si, com o dever de cumprimento pontual do contrato de trabalho, viola-se, *qua tale*, o contrato de trabalho, penetrando-se no catálogo de comportamentos do trabalhador que o sistema, embora sem automaticidade e com necessidade de valorar as circunstâncias do caso concreto, assume, em trecho ilustrativo, como constitutivos do conceito de justa causa¹⁸⁷: o comportamento censurável do trabalhador, que, violando deveres de natureza laboral, seja de tal modo grave, em si mesmo e nos seus efeitos, que torne a situação insustentável, é analisado sob o prisma do contrato de trabalho e não sob o ângulo do regime de exclusividade¹⁸⁸.

187 Cfr. n.º 2 do artigo 351.º do CT. Sumariamente, e segundo o entendimento dominante da doutrina e na jurisprudência, o conceito compõem-se de três elementos: a) um elemento subjetivo, traduzido num comportamento culposos do trabalhador, por ação ou omissão; b) um elemento objetivo, traduzido na impossibilidade da subsistência da relação de trabalho; c) o nexo de causalidade entre aquele comportamento e esta impossibilidade.

188 Neste sentido: *Cass. Soc.* 04.05.2011, proc. n.º 09-71566, onde se curou da situação que envolveu um gerente de armazém que, com onze anos de antiguidade e vinculado a um pacto de exclusividade, exerceu funções de gerência num restaurante. O empregador, tomando conhecimento da situação, alegou violação do dever de lealdade e despediu o trabalhador por “faute grave”, cessação que o trabalhador impugnou. A *Cassation* deu provimento ao recurso interposto pelo trabalhador, tendo condenado o empregador ao pagamento de uma indemnização, infletindo jurisprudência anterior que associava a quebra de uma obrigação de exclusividade convencional a causa de despedimento enquanto “faute grave” (assim: *Cass. Soc.* 10.07.1990, JCP G 1990, IV, 342 e, mais recuadamente, *Cass. Soc.* 13.02.1974,

Por regra, não será a violação do regime de exclusividade que *per se* faz brotar a aplicabilidade do conceito de justa causa, mas antes a violação do contrato de trabalho, cujo preenchimento operativo da necessidade de uma “perturbação relacional insuperável” e da correlativa insusceptibilidade de “sanação com recurso a medidas disciplinares não extintivas”¹⁸⁹ é, por princípio, desenvolvido com recurso a critérios de razoabilidade (ingrediente objetivo) e não de valoração subjetiva ou de ordem psicológica¹⁹⁰.

É isso que se verifica com a violação de um pacto de exclusividade, enquadramento em que, de forma excepcional, um acordo acessório pode conformar a subsistência do vínculo principal.

Essa conformação ocorre não por força de uma sobrevaloração da acessoriedade do pacto, mas em função da ligação da exclusividade convencional a um dever principal do trabalhador. Mas essa ligação postulará a sua validação como elemento essencial à conclusão do contrato de trabalho. E será também essa operação que o intérprete-aplicador tem de desenvolver relativamente a um trabalhador de tendência, apurando se a limitação quanto ao exercício de outras atividades profissionais é necessária em razão da importância da atividade profissional em causa para a afirmação da ética ou da convicção que conforma o exercício pela organização de tendência do seu direito à autonomia.

Cah. Prud'h. 1974, 133). Entre nós, em sentido que entendemos diverso, porém: Ac. STJ de 27.02.2008 (PINTO HESPANHOL), proc. n.º 0754484, considerando-se válido o despedimento com justa causa de um trabalhador bancário que passou a desempenhar a atividade de solicitador de execução, revogando o acórdão da Relação que havia decidido o contrário. Embora o aresto contenha fundamentação extensa e sustentada, escora-se num argumento que julgamos não ser probante: o facto de, à luz do Estatuto da Câmara dos Solicitadores, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26.04, o exercício dessas funções poder gerar incompatibilidades com as funções de solicitador, configurando, nessa linha argumentativa, uma “violação do dever de lealdade que lhe vai implicado, ao omitir à empregadora um potencial conflito de deveres, em resultado daquela acumulação de funções”.

189 Sortimo-nos das palavras de JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho* (2009), cit., 383, que acompanhamos de perto.

190 LISE CASAUX, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, LGDJ, Paris, 1993, 357.

VII. A boa fé e o princípio da proporcionalidade

30. A regra é a de que qualquer Pessoa deve ser livre para trabalhar e para organizar a sua vida para além do trabalho, estando aí, nessa liberdade que permite a cada um angariar meios para subsistir segundo a sua vontade e a sua preferência e no “direito de desenvolver as suas capacidades pessoais numa atividade útil à coletividade”¹⁹¹, a caução efetiva das liberdades fundamentais do ser humano.

A legitimidade dos interesses empresariais que concorrem para uma limitação à liberdade de trabalho tem de ser apartada do problema conexo com a razoabilidade dessa limitação, cuja apreciação apenas é prosseguida após a certificação de que o dever de exclusividade se justifica com base na necessidade de tutela dos interesses empresariais e face às funções que o trabalhador exerce.

Afigura-se, por isso, necessário distinguir o interesse de que a limitação, independentemente da sua contratualidade, tem de ser portador da necessidade de que a estipulação com alcance proibitivo seja proporcional ao fim prosseguido.

No pressuposto de que uma limitação voluntária, mesmo que radiada no contrato de trabalho, tem de se restringir ao mínimo possível e deve ser justificada objetivamente, nos termos gerais do artigo 18.º da CRP, uma coisa é a aptidão da limitação para a proteção de interesses organizacionais, e outra, que com esta não se confunde, é a proporcionalidade da obrigação gerada pela limitação, que é aferível a partir da duração do trabalho subjacente, do montante compensatório atribuído ao trabalhador e da remuneração que este auferir.

Se estes fatores formam um parâmetro que permite a mensuração da proporcionalidade, trata-se apenas de aquilatar, em atenção à fundamentalidade da liberdade de trabalho, da (des)proporção do próprio conteúdo da obrigação¹⁹². Mas a lealdade convive bem com o pluriem-

191 Assim ALAIN SUPIOT, “Le travail, liberté partagée”, DS 1993, ns.º 9/11, 721, que lapidariamente refere: a liberdade de trabalho não se resume a dinheiro.

192 Como fez notar JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, *maxime* 171-5, a ponderação e a otimização reclamadas pela presença de interesses em conflito (interesses da empresa *versus* direitos fundamentais dos trabalhadores), são viabilizadas pelo princípio da proporcionalidade – qual *princípio objetivo da ordem jurídica* –, que procura garantir, nas

prego e a deslealdade pode ocorrer em exclusividade. O dever de exclusividade é um *plus* relativamente ao dever de lealdade; este existe, e tem de ser observado, numa situação de pluriemprego, pois a relação de trabalho, como qualquer relação criada por contrato, não funciona se os sujeitos não confiarem um no outro.

31. Se a jurisprudência recente da *Cour de cassation* belga considera desprovida de qualquer interesse legítimo (e absolutamente nula) uma convenção ou determinação do empregador que fira a liberdade de exercício de uma atividade profissional remunerada que não esteja explicitamente prevista por lei¹⁹³ - sortindo-se dos arts. 12 e 23 da Constituição belga e *inclusive* do artigo 4.º da CEDH, é célebre o acórdão de 29.09.2008 que, sufragando o efeito horizontal indireto dos direitos fundamentais, fez aplicar a teoria da causa ilícita¹⁹⁴ -, a legitimidade para a celebração de novos contratos de trabalho na pendência de outro encontra guarida no princípio da liberdade de trabalho e também nas limitações funcionais e temporais da subordinação jurídica.

A al./k do artigo 129.º do CT encerra esse sentido tuitivo, proibindo o empregador de “obstar a que o trabalhador exerça outra atividade”, impedindo, *pari passu*, que o trabalhador seja tratado “desfavoravelmente por causa desse exercício”. O (novo) n.º 2 do artigo 129.º reforça esse enquadramento, ao estabelecer que o eventual exercício de outra atividade por parte do trabalhador não o isenta do dever de lealdade, nem do disposto em legislação especial quanto a impedimentos e incompatibilidades.

A preservação do dever de lealdade e dos impedimentos e incompatibilidades estabelecidos por lei especial combina uma dimensão

margens de possibilidade legal e factual, a mais ampla proteção do trabalhador e, em simultâneo, a mais ampla autonomia contratual

193 Ler STEVE GILSON & FRANCE LAMBINET, *Découvrir le droit du travail 2021-2022*, Anthemis, Bruxelas, 2021, 347.

194 O acórdão determina que uma « convention qui, en dehors des cas où la loi l'autorise, a pour but de permettre à l'une des parties, en l'espèce l'auteur des défenderesses, d'empêcher l'autre partie, en l'espèce le demandeur, d'exercer librement son activité professionnelle, a une cause illicite et est frappé[e] de nullité ». Ler *Cass., 29 septembre 2008 J.T.T.*, 2008, p. 464, com anotação de M. Wantiez, «Clauses de non-démarchage et clauses de non-concurrence souscrites par les indépendants»

pessoal (sobretudo ligada à ideia de lealdade, que, no seu cerne, convoca uma ideia de confiança) com uma dimensão organizacional (as incompatibilidades e impedimentos prendem-se, no essencial, com a salvaguarda de interesses organizacionais), num quadro cuja diversidade de fundamentos concorre para dimensionar a natureza complexa e compreensiva de uma relação laboral.

Assim, esta previsão, que em rigor é despicienda, tem a virtualidade de, por um lado, reforçar a dimensão garantista que cunha o sentido genericamente proibitivo da al./k quanto a uma atuação do empregador dirigida a impedir que o trabalhador exerça outra atividade profissional, desvelando, por outro lado, o entendimento de que o dever de lealdade, nas suas dimensões mais características (não concorrência e sigilo), assim como os impedimentos ou incompatibilidades previstos *ex lege*, não são fundamento bastante para restringir *ex uno latere* a liberdade de trabalho, uma vez que são conaturais à relação laboral estabelecida.

Trata-se também, bem vistas as coisas, de dar sinal explícito de que as incompatibilidades e os impedimentos que podem impedir o trabalhador de exercer outras atividades têm de estar previstos em lei especial, não sendo a lei geral, *qua tale*, que os fixa.

Afastando-se, assim, qualquer construção dirigida ao reconhecimento de impedimentos ou incompatibilidades a partir da alteração introduzida ao Código do Trabalho, o n.º 2 do artigo 129.º tem ainda a virtualidade de, mediante a salvaguarda do dever de lealdade e da ressalva atinente aos impedimentos e incompatibilidades em lei especial, sinalizar que a exclusividade só é criável por lei especialmente dirigida a esse efeito ou por via convencional, sem que o CT possa, por si, servir de base à definição unilateral de um sistema de impedimentos e incompatibilidades.

Ora, se, no plano legal, “tanto a liberdade de escolha da profissão como a liberdade de iniciativa económica podem ser condicionadas ou restringidas pelo legislador, desde que tais limitações sejam credenciáveis a luz do especificamente determinado nos arts.º 47.º, n.º 1 e 61.º, n.º 1 da Constituição e sejam observados os limites do artigo 18.º ns.º 2 e 3, da Constituição”¹⁹⁵, já no que respeita à criação convencional de

195 Assim, o Ac. TC n.º 474/89, de 12.07 (CARDOSO DA COSTA), proc. n.º 248/85, D.R. II Série, n.º 25, de

um dever de exclusividade impõe-se seguir enquadramento idêntico, uma vez que os termos em que a admissibilidade e os limites à renúncia de direitos fundamentais se colocam são similares aos que existem na relação Estado/cidadão¹⁹⁶.

Exigir-se-á, portanto, a verificação da restritividade implicada pelo artigo 18.º da CRP no que à delimitação das condições de validade estabelecidas para os acordos diz respeito (*odiosa sunt restringenda*), a qual carecerá de ser racionalmente adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, tendo em conta os objetivos prosseguidos e os interesses sacrificados.

Aqui, a compressão à liberdade de trabalho, que substancia expressivamente um direito de personalidade que assume imediata relevância constitucional, suscita em simultâneo o regime civilístico da limitação voluntária a direitos de personalidade e o regime constitucional das restrições legais a direitos fundamentais, uma vez que a renúncia a direitos fundamentais, embora traduza o exercício de um direito, exprime também uma restrição de direitos (uma afetação negativa, desvantajosa, das possibilidades de acesso a um bem jusfundamental), que envolve *mutatis mutandis* a aplicação dos requisitos traçados na Constituição para as lei restritivas.

Estes são (i) o respeito pelo princípio da proporcionalidade e (ii) a salvaguarda do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais¹⁹⁷, mas já não o princípio da reserva de lei.

30.01.1989, 1025 e ss.. Estiveram em análise as normas constantes do artigo 23.º, n.º 1, alínea f) e do artigo 26, n. 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 336/85, de 21.08, na parte em que não permitiam que fossem agentes de seguros ou sócios de mediadores pessoas coletivas os trabalhadores de seguros em situação de reforma ou pré-reforma auferindo pensão complementar de reforma. O TC, considerando que o “dever de lealdade representa uma dimensão do interesse coletivo suscetível de justificar restrições a liberdade de escolha de profissão e vai de par com a diretriz de assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas”, entendeu que as disposições questionadas não eram inconstitucionais, posto que, no caso, as pessoas às quais a lei vedava a possibilidade de se inscreverem como agentes de seguros não ficavam por isso impedidas de exercer a correspondente atividade profissional como simples angariadores.

196 Entre nós, por exemplo: JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* (2005), cit., 140 e ss. (197) e, mais genericamente, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 266.

197 Neste sentido: JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais” (1998), cit., 310 ss. Também: JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* (2005), cit., 197.

E a regra é que, não estando o dever de exclusividade previsto por lei e sujeito aos limites do artigo 18.º da CRP, a obrigação de *non facere* assumida pelo trabalhador só possa lograr reconhecimento sistemático¹⁹⁸ se (i) for livremente decidida ou consentida (o que implicará o recorte de um quadro dual: restrição estabelecida por lei em observância do artigo 18.º da CRP ou um acordo individualmente subscrito, envolto por garantias materialmente idênticas às que envolvem uma restrição *ex lege*)¹⁹⁹, (ii) for portadora de um interesse sério (aptidão para a tute-

198 Falamos em reconhecimento sistemático, uma vez que as consequências jurídicas produzidas pelo ato de vontade individual só o são se o ordenamento reconhecer “expressa ou implicitamente, tal capacidade”, como faz notar JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais” (1998), cit., 274 (nota 16).

199 Por essa razão, o artigo 21.º do Contrato Coletivo de Trabalho entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e a Associação Nacional dos Treinadores de Futebol (BTE n.º 20, de 29.05.2012), que determina que “(a)o treinador é vedado o desempenho de qualquer outra atividade desportiva remunerada no período da duração do contrato, salvo convenção expressa em contrário”, parece-nos inconstitucional, uma vez que se encontra afastada a possibilidade de criação de um dever de exclusividade por instrumento de regulamentação coletiva. A reserva formal e material postulada pelo art.º 18.º da CRP não consente a existência de uma restrição à liberdade de trabalho e de livre escolha de profissão introduzida à margem da vontade do trabalhador. Só não será assim nas situações em que é o trabalhador, enquanto tal, mas de forma não irrestrita, a conformar a limitação à *sua* liberdade de trabalho, ante a perspetivação do poder de renúncia como um poder inseparável da pessoa do seu titular que, nesta conceção, inviabiliza que terceiros o exerçam em seu nome. Tratando-se de uma nota característica que conforma todas as limitações à liberdade de trabalho, esta exigência binómica de restrição por via legal em observância do art.º 18.º da CRP ou de um consentimento do trabalhador dirigido à obrigação de exclusividade não logra ser atalhada por previsões ínsitas em convenções coletivas de trabalho de que a exclusividade só pode ser afastada se existir acordo em sentido contrário por parte dos sujeitos laborais. Com a formulação do artigo 21.º do CCT aplicável aos treinadores de futebol a vontade do trabalhador é, por si só, insuficiente para permitir o exercício de outras atividades laborais, situando-se na esfera jurídica do empregador a faculdade, conjuntiva é certo, de afastar essa limitação *ab extrinseco* à liberdade de trabalho. Isso não acontece em relação a um IRCT que contenha uma obrigação de exclusividade, desde que sejam os sujeitos laborais a fixar, por convenção adrede, a compensação que o trabalhador recebe em razão da assunção dessa obrigação: na ausência de uma tal convenção, o empregador não pode exigir exclusividade ao trabalhador, não havendo sequer margem para intervenção dos tribunais com vista à supressão da vontade dos sujeitos, no caso: para fixar a contraprestação económica que impende(ria) sobre o empregador. Exigindo-se o acordo do trabalhador quanto a um elemento essencial do pacto e que viabiliza a determinação do seu objeto, é o acordo de exclusividade que, enquanto tal, se encontra na dependência inicial de um ato volitivo do trabalhador, respeitando-se a exigência de uma vinculação *ad personam*. Sendo isso o que se verifica com os Jornalistas - ver n.º 2 do artigo 43.º do Contrato coletivo entre a APIMPrensa - Associação Portuguesa de Imprensa e o Sindicato dos Jornalistas, (BTE n.º 29, de 08.08) -, são, por isso, possíveis, conquanto se encontrem condicionados ao acordo do trabalhador, IRCT que definam ou densifiquem as condições de um regime de exclusividade, tratando-se mesmo de um

la dos interesses da empresa), relevando-se, nesse âmbito, os interesses objetivos invocados, nos quais se incluem (exemplificativamente) aqueles a que a al./k do n.º 1 do artigo 129.º do CT faz referência e (iii) aparecer limitada no tempo, estando afastada a assunção de obrigações perpétuas.

Não deixaria de ser paradoxal que a dimensão tutelar que cunha o artigo 129.º do CT se convolasse, a final, num sentido unilateral que vulnera um direito fundamental do trabalhador (a *ratio* de limitação das possibilidades de conformação e gestão empresariais seria antagonicamente uma limitação das possibilidades do trabalhador)²⁰⁰. Bem se poderia dizer que, nesse caso, e à semelhança do que se passa com a transferência do local de trabalho (al./f do artigo 129.º)²⁰¹, o trabalhador teria direito a uma compensação (*in casu*: lesão à liberdade de trabalho). Mas esta via interpretativa, sédula na sua formulação e com algum conforto literal, dificilmente passaria o crivo da (in)constitucionalidade.

E tal sucederia não apenas porque o trabalhador, ainda que devidamente compensado, não poderia revogar essa restrição (revogabilidade que, na boa jurisprudência constitucional, garante a incolumidade constitucional dos pactos de limitação à liberdade de trabalho, em tradução da inadmissibilidade de uma “privação com carácter perpétuo ou com duração ilimitada ou indefinida de qualquer direito, liberdade e garantia”²⁰²), mas também por força do artigo 18.º da CRP [díptico: (i) lei ou (ii) acordo que exprima a relação de adequação normativa conti-

domínio em que as vantagens da intervenção da autonomia coletiva, face à ausência de uma definição legal das condições em que a exclusividade opera, se manifestam de forma expressiva.

200 Com esta leitura, ainda JOANA NUNES VICENTE, “Pactos de limitação à liberdade de trabalho”, AAVV: *Direito do Trabalho – Relação Individual* (2023), cit. 761.

201 Entendemos que o empregador deve custear as despesas impostas pela transferência, seja ela temporária ou definitiva, individual ou coletiva, uma vez que a faculdade do empregador alterar unilateralmente o local de trabalho traz consigo um conjunto de modificações na vida do trabalhador que suscitam adequada compensação pelas despesas em que incorre e pelo desequilíbrio gerado por essa alteração. Havendo uma necessidade de garantir o equilíbrio das prestações no contrato de trabalho de acordo com o princípio da equivalência, trata-se de garantir que não se viabiliza *ex uno latere* uma alteração da ponderação de interesses inicialmente definida e que a distribuição do risco contratual e a equivalência de prestações são preservadas. Em acréscimo há também uma lesão à inamovibilidade do local de trabalho cuja reparação se suscita.

202 Sobre o ponto, ainda: JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV (2012), Coimbra Editora, Coimbra, 423 e 428.

da entre nós nos artigos 136.º e 137.º do CT2009, mediante a substancialização de garantias teleologicamente idênticas, que assegurem os resultados da ponderação de direitos desenvolvida *ex lege*], uma vez que a limitação à liberdade de trabalho é necessariamente enquadrável como uma renúncia *lato sensu* a um direito fundamental, entendendo-se, como tal, toda a vinculação jurídica de um particular que substancie o compromisso de não exercer, temporária ou pontualmente, algumas das pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito²⁰³.

Sendo esse um dos aspetos que jamais consentiria a adoção de uma solução legal que entregasse ao empregador a imposição de um regime de exclusividade, a não perpetuidade da limitação, sendo obtível através da fixação de um prazo máximo de duração ou da revogabilidade a todo o tempo da obrigação, encontra, no âmbito dos pactos legalmente típicos, conforto direto, reforçando a tutela do trabalhador.

Embora a temporalidade dos pactos seja a caução da liberdade do trabalhador, o trabalhador é livre de, a todo o momento, exercer a sua liberdade de trabalho. É esse traço que, convocando o n.º 2 do artigo 81.º do CC, torna a renúncia constitucionalmente admissível²⁰⁴.

Cuidando-se de um direito inafastável e suscetível de ser exercido a todo o tempo, rejeita-se, em sequência, qualquer declaração negocial que, vertida em acordo ou substanciada em negócio unilateral, restrinja, dificulte ou exclua, total ou parcialmente, e tanto de um ponto de vista substancial quanto numa perspetiva processual, o seu exercício²⁰⁵.

203 Assim: JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais" (1998), cit., 273 e, em termos próximos, MATTHIAS CHRISTOPH SCHWENKE, *Individualisierung und Datenschutz: Rechtskonformer Umgang Mit Personenbezogenen Daten Im Kontext Der Individualisierung* (2006), cit., 222.

204 Assim, o Ac. TC n.º 256/04, de 14.04 (MÁRIO TORRES), proc. n.º 674/02, DR n.º 266, II Série, de 12.11.004, fazendo alusão expressa ao n.º 2 do artigo 81.º do CC. A revogação do pacto, ou, na letra da lei, a "desobrigação", é um corolário da caracterização da liberdade de trabalho como um direito de personalidade. Todavia, mesmo numa análise jusfundamental, como faz notar, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (1999), cit., 454, "a autolimitação voluntária de um direito num caso concreto deve considerar-se sempre sob reserva de revogação a todo o tempo".

205 Este direito de revogação, para lograr efetividade, implica ainda que, por um lado, o empregador não possa exigir judicialmente o cumprimento da limitação assumida pelo empregador, e que, por outro, o valor fixado para a indemnização que caiba atribuir perante este facto lícito danoso não seja de tal sorte vultuoso que esvazie, de facto, o regime de livre revogabilidade, convolvando a precariedade das expectativas do empregador no seu cumprimento em verdadeiro direito subjetivo ou, por via diversa, transformando o regime associável à revogação do pacto no regime previsto para o seu incumprimento.

VIII. O reconhecimento e o alcance da proibição de exercício de outras atividades profissionais pelos trabalhadores de tendência

32. A al./k do n.º 1 do artigo 129.º do CT encerra o sentido primeiro de credenciar a exclusividade a partir da enunciação de fatores objetivos que, sem perder de vista o princípio da proporcionalidade, podem impedir o trabalhador de exercer outra(a) atividade(s). Mas não alberga, nem poderia albergar, uma nova fórmula que permite que o empregador o possa fazer de forma unilateral, sem que para tanto o trabalhador concorra com a *sua* vontade de forma livre, esclarecida e consciente.

Tratando-se da solução que melhor corporiza o sentido da Diretiva 2019/1152 e que mais se consentânea se mostra com a dogmática desenvolvida em torno das limitações à liberdade de trabalho no ordenamento laboral português, a eleição, para lá de qualquer enunciação legal, dos pactos de exclusividade como a fórmula exclusivamente apta a operar essa limitação é também a única que, no plano constitucional, logra reconhecimento. Sendo o direito de revogação da limitação à liberdade de trabalho um corolário da necessidade de tutelar a liberdade individual do sujeito mais débil, só essa fórmula logra garantir a preservação da indisponibilidade do bem personalidade significado pelo trabalho e a salvaguarda da intangibilidade constitucional do núcleo essencial do princípio da liberdade de trabalho.

33. A exceção a este quadro dual – lei ou pacto individualmente subscrito – encontra-se nos trabalhadores de tendência, mesmo que se procure afastar a implicitude na vinculação do trabalhador a convenções que estão para lá do contrato de trabalho e se intente garantir a existência das condições adequadas a que o consentimento necessário “se haja dado dentro de um marco jurídonormativo que assegure que a autonomia de um dos indivíduos não está subordinada à do outro”²⁰⁶.

Na verdade, rejeitando-se a criação de obrigações correspondentes a pactos típicos a partir de factos concludentes ou de aspetos do regime legal que incidem sobre o contrato de trabalho *qua tale* e reafirmando-

²⁰⁶ Nestes termos: Ac TC n.º 155/04, de 16.03 (VITOR GOMES), proc. n.º 187/04, que analisou vários aspectos do regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública.

-se que com vista à definição de um regime de exclusividade a vontade manifestada pelo trabalhador tem de ser livre, expressa e esclarecida (não se compaginando, por isso, com uma anuência genérica ou “em branco”²⁰⁷), a componente organizacional do contrato de trabalho justifica que o dever de lealdade do trabalhador não se desbaste em regras de comportamento para com a contraparte, incluindo também, com a elasticidade devida, a adoção de um comportamento correto do ponto de vista dos interesses da organização, que obste à causação de danos à imagem do empregador e à salvaguarda dos fins que esta prossegue.

Não é outra a razão que conforma o dever de não concorrência, encontrando-se aí, na delimitação específica desse dever (supra), o ponto de arrimo para, em concretização do dever de lealdade, se estreimar o conjunto de atividades que um trabalhador de tendência (não) pode desenvolver para lá do contrato de trabalho que mantém com a organização de tendência.

Arredando-se a impositação do problema no campo da integração do negócio ou das declarações tácitas ou concludentes para a partir dessa deslocação se construírem autênticas ficções de vontade negocial, é no contrato de trabalho, e no dever de lealdade que o conforma, que se encontra a base para o reconhecimento de que um trabalhador de tendência pode ficar limitado na fruição do princípio da liberdade de trabalho.

Mas a exclusividade tem de encontrar na salvaguarda da fisiologia da prestação implicada pelo contrato de trabalho o fundamento para o seu reconhecimento pelo sistema, à semelhança do que se verifica com as situações em que existe um regime de incompatibilidades *ex lege*²⁰⁸, em que, por razões atinentes à salvaguarda de interesses necessariamente densos e relevantes, se veda, com critério coletivamente atendível, o exercício de outras atividades²⁰⁹.

207 Cfr. MURIEL FABRE-MAGNAN, “Le forçage du consentement du salarié”, Dr. Ouvrier 2012, n.º 7, 6-7, que faz referência a uma concordância dirigida “aos termos determinativos de um contrato”.

208 Por essa razão, em profissões cuja exclusividade integra o núcleo de deveres que pende sobre o trabalhador, a infração ao dever de exclusividade pode refratar-se na manutenção do vínculo laboral, na exata medida em que se esteja perante um comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

209 Em sentido próximo: JOANA NUNES VICENTE, “Pactos de limitação à liberdade de trabalho”, AAVV:

Será, por isso, a partir desse nexó fisiológico que por analogia se logrará encontrar fundamento para o dever de exclusividade (*prius*), uma vez que nesses casos a exclusividade é incorporada no conjunto de “deveres estruturantes da relação laboral”²¹⁰ que, em integração dinâmica, nutrem o dever de cumprimento pontual do contrato de trabalho.

Não é, todavia, uma proibição absoluta ou sem limites. Sem que o intérprete-aplicador possa renunciar ao objetivo de assegurar um justo equilíbrio entre, por um lado, o direito à autonomia organizações baseado na sua ética ou nas suas convicções e, por outro, o direito dos trabalhadores a não serem objeto (também no momento do seu recrutamento) de uma discriminação baseada na religião ou nas convicções ou de uma amputação do princípio da liberdade de trabalho em razão do seu enquadramento organizativo²¹¹, é necessário operacionalizar o princípio da proporcionalidade, o qual, estruturando a ordem constitucional²¹² e apelando a “critérios de justiça material”²¹³, é um parâmetro omnipresente na intersubjetividade gerada pela vinculação dos sujeitos laborais²¹⁴.

Direito do Trabalho – Relação Individual (2023), cit., 762-3.

210 Particularmente salientada por ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho* (1997), cit., 551.

211 Como faz notar TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 507-520, impõe-se distinguir entre trabalhadores que executam tarefas de tendência e os que, embora integrados em organizações de tendência, exercem tarefas neutras.

212 Entre vários, e no panorama nacional, VITALINO CANAS, “O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações”, *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 323-357 e “A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização: com incursão na teoria das regras e dos princípios”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. III*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 811-893, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (2013), cit., 1286 e ss., ANABELA LEÃO, “Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso”, *Separata de Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 999-1039, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição* (2003), cit., 569 e ss., JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral* (2007), cit., 116-7, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV (2012), cit., 302 e ss..

213 Assim, indissociando-o também do princípio da segurança jurídica e da previsibilidade, v. ALFRED KATZ, *Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht* (18.^a ed.), C.F. Müller, Heidelberg, 2010, 88 (§163).

214 ADALBERTO PERULLI, *Il potere direttivo dell' imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, 232-3.

Este, marcando as orientações metodológicas mais profundas (embora fortemente imbricado com o princípio da igualdade²¹⁵), foi ganhando lastro na juslaboralística com o sinal primeiro de afastar soluções, atuações ou conteúdos não arrimadas em razões materiais atendíveis e como “limite à limitação” de direitos fundamentais no seio da situação laboral, numa vocação primacialmente direcionada à proteção dos trabalhadores²¹⁶, conforme com a perspetivação do Direito do trabalho como um Direito de equilíbrio²¹⁷, e quadrante com a vocação expansiva do princípio da proporcionalidade para, no âmbito jus privatístico, transformar “situações de poder em situações de equilíbrio ou, pelo menos, de desequilíbrio tolerável”²¹⁸.

Assumindo-se como um “instrumento de compromisso entre as necessidades da empresa e os direitos e liberdades fundamentais do trabalhador”²¹⁹, a projeção modeladora do princípio estende-se, por isso, a todas as cláusulas ou acordos que, direta ou reflexamente, atinam com a situação laboral e que, embora com alcance e refração diversos, atraem princípios constitucionais fundamentais²²⁰: é o caso, particular-

215 ISABELLE CORNESSE, *La proportionnalite en droit du travail* (2001), cit., 51-2. Exemplo claro do que vai dito está no n.º 2 do art.º 25.º do CT2009 ao estabelecer-se que “(n)ão constitui discriminação o comportamento baseado em factor de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da actividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional”.

216 Não sendo abundantes as referências legais ao princípio da proporcionalidade no CT, as que existem destinam-se, no essencial, a garantir direitos dos trabalhadores. Assim: o n.º 2 do art.º 18.º, ao determinar que o tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objectivos a atingir; o n.º 2 do art.º 21.º que, com referência à utilização de meios de vigilância a distância, dispõe que a autorização da CNPD só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objectivos a atingir ou o n.º 5 do art.º 538.º, referente à definição de serviços a assegurar durante a greve, ao prescrever que “a definição dos serviços mínimos deve respeitar os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade”.

217 ISABELLE CORNESSE, *La proportionnalite en droit du travail* (2001), cit., 140 e 486.

218 As palavras são de ANDRÉ FIGUEIREDO, “O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado”, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2008, 32-3.

219 ISABELLE CORNESSE, *La proportionnalite en droit du travail* (2001), cit., 483 e, entre nós, JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Contrato de trabalho e direitos fundamentais” (2001), cit., 34-5. Como aí se salienta, o princípio da proporcionalidade sempre que atua para proteger os direitos e as liberdades dos trabalhadores na empresa não visa uma redução dos poderes do empregador, mas, tão somente, o seu equilíbrio.

220 Nestes exatos termos: AGNÈS VIOTTOLO-LUDMANN, **Égalité, liberté et relation contractuelle de**

mente exaltado, das cláusulas de mobilidade geográfica, em relação às quais a *Cour de Cassation*, baseada numa análise centrada na garantia de estabilidade laboral e na liberdade de escolha do domicílio, faz depender a sua admissibilidade de um juízo de conformidade com “exigências de finalidade e proporcionalidade”²²¹ aberto à consideração de fatores aparentemente extrínsecos, mas axiologicamente conexionáveis com a fundamentalidade do trabalho, que entroncam na salvaguarda da vida pessoal e familiar do trabalhador²²² e cuja conciliação com os interesses da empresa se impõe²²³.

34. Por princípio, e em atenção ao princípio da boa fé, será necessário informar por escrito o trabalhador de tendência das atividades laborais que este não pode desenvolver, garantindo-se, com isso, a consciência e a compreensão dos aspetos essenciais da sua relação de trabalho, nos quais se incluem eventuais limitações quando ao exercício de outras atividades profissionais ²²⁴.

travail, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marselha, 2004, 337.

221 Assim, colacionando um aresto da *Cour de Cassation* de 12.01.1999, v. ISABELLE CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail* (2001), cit., 135, FRANÇOIS GAUDU & RAYMONDE VATINET, *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Paris, 2001, 282 e FLORENCE CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc/ LGDJ, Paris, 2007, 287.

222 PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *L'année de droit social 2010: Textes, jurisprudence, commentaires*, ed. Lamy, Paris, 2011, 12.

223 LÉA BENBOUAZIZ, *L'économie générale du contrat de travail*, Université Paris II Pantheon-Assas, 2011, 97-9. Controlo que, como faz salientar JOANA NUNES VICENTE, “Cláusulas de mobilidade geográfica: vias de controlo possíveis”, QL 2006, n.º 27, 73 e ss., é feito a dois tempos: um controlo sobre o conteúdo da cláusula e um controlo sobre o exercício do direito outorgado pela cláusula. Ainda JOÃO LEAL AMADO, “Modificação substancial das condições de trabalho: o caso da mobilidade geográfica: ou a submissão do novo Direito do Trabalho ao “imperialismo do contrato”, QL 2008, n.º 32, 171 e ss..

224 Sem que se esqueça que, com relevância para o recorte do artigo 106.º do CT, a Diretiva 2019/1152, visando a melhoria das condições dos trabalhadores, procura fazê-lo mediante a habilitação de informação aos trabalhadores quanto aos aspetos essenciais da relação de trabalho. Importante, para este efeito, é o conceito-chave da al. a) do artigo 15.º, que consubstancia uma presunção a favor do trabalhador, invertendo o ónus da prova. É disso exemplo o n.º 4 do artigo 111.º do CT ao prever que, quando o empregador não cumpra o dever de informação quanto ao período experimental, se presume que os sujeitos acordaram na exclusão deste. Não sendo necessário fazer apelo à teoria das expectativas, este (novo) enquadramento pode ser chamado á colação sempre que um trabalhador de tendência desenvolva outra atividade profissional cuja interdição não lhe tenha sido comunicada.

Sem repristinarmos o aspeto relativo ao facto de um consentimento tácito a uma informação empresarial de proibição de outras atividades não quadrar com a materialização da renúncia a direitos fundamentais que vai implicada²²⁵, é natural que, no plano da (i) *necessidade*, existam interesses organizativos carecidos de tutela (designadamente de imagem da organização), estando-se, em última instância, perante a aplicação de limitações que visam garantir um bom cumprimento do contrato de trabalho, por, em atenção à “intensidade da vinculação”²²⁶, atinarem ainda com o dever de omitir comportamentos suscetíveis de prejudicar os fins da organização de tendência.

Mas qualquer limitação à liberdade de trabalho que, a partir de um contrato de trabalho, se construa com vista a salvaguardar a prossecução dos fins de uma organização de tendência não pode prescindir da existência objetivamente verificável de um nexo direto entre a proibição de outras atividades profissionais estabelecida pelo empregador e a atividade em causa. Designadamente, em atenção ao grau de participação do trabalhador na determinação da ética ou das convicções da organização de tendência ou ainda em atenção à necessidade de assegurar uma representação credível da organização de tendência.

Isto significa que, além da prova, necessariamente a cargo do empregador, de que a atividade profissional em causa é importante para a afirmação da ética ou da ideologia da organização, será necessário garantir que quaisquer limitações à liberdade de trabalho não são adequadas para prosseguir um fim alheio à convicção da organização.

Por último, mormente na patologia, a organização tem de conseguir demonstrar que, à luz de circunstâncias factuais, o risco de violação da sua ética ou do seu direito à autonomia é provável e sério, provando assim que a interdição quanto ao exercício de outras atividades se afigura efetivamente necessária.

225 Em geral sobre este aspeto e as NTIC, ler PAUL-HENRI ANTONMATTEI, “NTIC et vie personnelle au travail”, *Droit Social* 2002, n.º 1, 40 e JOÃO ZENHA MARTINS, “Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Bărbulescu* contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. n.º 61496/08”, *Revista do Ministério Público* n.º 145, ano 37.º, 2016, 177-205.

226 Cfr. ENRICO GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli Ed., Turim, 1996, 63-4 e GIUSEPPE PERA, *Compendio di Diritto del Lavoro* (5.ª ed.), Giuffrè Editore, Milão, 2000, 57.

Não sendo à partida admissível que fiquem vedadas atividades marginais ou acessórias que os trabalhadores desenvolvam ou queiram desenvolver e cujo alcance não tenha relação direta com os fins da organização, é fundamental relevar as qualidades e os comportamentos do trabalhador na medida em que se insiram ou se aproximem, de forma tangencial, do “conteúdo profissional da prestação”²²⁷.

Será também essa noção de “proximidade” das atividades profissionais que o trabalhador não pode desenvolver em relação à tendência da organização que, num segundo momento, circunscreverá o alcance da (semi) exclusividade, já depois de, em fase inicial, a proximidade do “conteúdo profissional da prestação” aos fins da organização ter viabilizado a sua qualificação como um trabalhador de tendência.

227 ÁLVAREZ CORTINA, “Derecho de las confesiones religiosas a la selección del personal por las creencias religiosas”, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral* (dir. A. Motilla), Comares, Granada 2016, 189 e ss..